Digitized by Google

ARTES VERITAS SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
LAW
SCHOOL

Digitized by Google

FL 8
G3.333.1
1901
I, 2

Digitized by Google

Digitized by Google

Kommentar
zum
Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen

I. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche

1. **Allgemeiner Teil** von Geh. Justizrat Prof. Dr. K. Gareis in München. 7 M., geb. 8 M.
2. **Recht der Schuldverhältnisse** von Prof. Dr. P. Oertmann in Erlangen. Zweite, völlig umgearbeitete Auflage. 24 M., geb. 27 M.
3. **Sachenrecht** von Prof. Dr. J. Biermann in Gießen. 2. Aufl. 11 M., geb. 12 M.
4. **Familienrecht** von Prof. Dr. W. von Blume in Halle a. S. und Dr. O. Opet, Privatdozent in Kiel. Teil I, II, IV je 4 Mk. (Teil III erscheint Anfang April 1906.)
5. **Erbrecht** von Dr. G. Frommhold, ord. Professor der Rechte in Greifswald. 7 M., geb. 8 Mk.
6. **Einführungsgesetz** von A. Niedner, Landgerichtsrat in Frankfurt a. M. Zweite Auflage. 10 M., geb. 11 M.

II. Kommentar zu den Nebengesetzen

1. **Handelsgesetzbuch** von Dr. K. Lehmann, ord. Prof. der Rechte in Rostock, und V. Ring, Kammergerichtsrat in Berlin. Zwei Bände. 25 M., geb. 30 M.
2. **Zivilprozeßordnung** von Dr. A. Förster, Ministerial-Direktor in Berlin, und Dr. A. Engelmann, Prof. in Breslau. 2. Aufl. I. Band. I. Teil. 8 M. II. Teil 3 M.
3. **Konkursordnung** von Dr. von Sarwey und Dr. G. Bossert, Landgerichtsrat in Stuttgart. 4. Aufl. 16 M., geb. 18,50 M.
4. **Grundbuchordnung** von C. Predari, Reichsgerichtsrat. I. Teil. 3,60 M. II. Teil. 2 M. III. 3,60 M. IV. Teil. 3,60 M.
5. **Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit** von R. Schultze-Görlitz, Kammergerichtsrat, und Dr. H. Oberneck, Justizrat. I. Teil: Das Reichsgesetz. 10 M., geb. 12,50 M. II. Teil: Preußisches Gesetz. 9 M., geb. 11,50 M.
6. **Zwangsversteigerungsgesetz** von Oberlandesgerichtsrat Dr. Th. Wolff. Ausgabe für das Reich. 2. Aufl. 10 M., geb. 12,50 M. Ausgabe für das Reich und Preußen. 12 M., geb. 14,50 M.

III. Kommentar zu dem Preußischen Ausführungsgesetz

Ausführungsgesetz für Preußen von Dr. Crusen und G. Müller, Amtsrichtern. 20 M., geb. 23 Mk.

Kommentar
zum
Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen

Kommentar
zum
Bürgerlichen Gesetzbuche

Herausgegeben von

J. Biermann
ord. Professor der Rechte in Gießen

W. von Blume
ord. Professor der Rechte in Halle

G. Frommhold
ord. Prof. der Rechte in Greifswald

K. Gareis
ord. Prof. der Rechte in München

A. Niedner
Landgerichtsrat in Frankfurt a. M.

O. Opet
Privatdozent in Kiel

P. Oertmann
ord. Prof. der Rechte in Erlangen

Berlin
Carl Heymanns Verlag
1906

Das
Recht der Schuldverhältnisse

Erläutert von

Dr. Paul Oertmann
o. ö. Professor der Rechte in Erlangen

Zweite, völlig umgearbeitete Auflage

Berlin
Carl Heymanns Verlag
1906

Gedruckt bei Julius Sittenfeld, Berlin W. 8

Verlags-Archiv 4075.

Vorwort zur zweiten Auflage.

Die Neuauflage des Kommentars darf sich als eine vollständig umgearbeitete einführen. Die seit dem ersten Erscheinen des Buches hinzugekommene Literatur und die Praxis sind zwar nicht in lückenloser Vollständigkeit, aber doch in weitem Umfang herangezogen und verarbeitet worden. Sie haben vielfach, wie ich dankbar anerkenne, auf die Entwicklung meiner eigenen Ansichten eingewirkt und mich in die Lage gesetzt, manch bedenklichen Satz der ersten Auflage zu beseitigen, zahlreiche Lücken auszufüllen. Dabei ist im großen und ganzen das benutzt, mindestens in den „Ergänzungen" am Schluß, was mir bis zum heutigen Tage vorlag. Doch konnte ich Dernburgs Neuauflage zu meinem aufrichtigen Bedauern um deswillen nicht verwerten, weil der Druck bei ihrem Erscheinen schon weit vorgeschritten war, und es mir nicht angebracht schien, das Werk nach zwei verschiedenen Ausgaben zu zitieren. Dasselbe gilt von der Neumannschen Neuauflage. Die Sammlung von Mugdan-Falkmann ist bis Bd. 10 benutzt.

Der ersten Bearbeitung dieses Kommentars ist manche, wie ich fürchte, kaum verdiente Anerkennung zuteil geworden. Das Buch in seinem neuen Gewande ihrer würdig zu machen, bin ich nach meinen bescheidenen Kräften in der Zwischenzeit redlich bemüht gewesen. Möge es ihm vergönnt sein, in der stattlichen Reihe unserer trefflichen Kommentare den erkämpften Platz auch weiterhin zu behaupten, der Theorie und Praxis gleichmäßig zu dienen!

Erlangen, im März 1906.

P. Oertmann.

Vorwort zur ersten Auflage.

Die Arbeit, die ich hiermit vollständig der Öffentlichkeit übergebe, soll in dem durch den allgemeinen Plan des Sammelwerkes, von dem sie einen Teil bildet, und die Eigenart des Kommentars gewiesenen Rahmen versuchen, ein besonders bedeutsames Gebiet des neuen Rechtes sowohl wissenschaftlich wie für die Bedürfnisse der Praxis zu fördern. Und zwar habe ich versucht, das neue Gesetzbuch nicht nur aus sich selbst und den — natürlich überall berücksichtigten — Vorarbeiten zu erklären, sondern vorzüglich die reichen Schätze der bisherigen Literatur und Judikatur seinem besseren Verständnis nach Kräften dienstbar zu machen. Auch sind die wichtigsten der bisherigen Rechte — das Gemeine, Preußische, Französisch-rheinische und Sächsische — überall zur Vergleichung kurz herangezogen worden. Wenn ich dabei das Gemeine Recht mehr, als es vielleicht mancher erwarten wird, benutzt und einzelne Zitate der römischen Quellen selbst wörtlich mitgeteilt habe, so bestimmt mich dazu die Überzeugung, daß gerade das Recht der Schuldverhältnisse in einer wirklich fruchtbringenden und über öden Buchstabenkultus hinausgehenden Weise nur durch Anlehnung an die unversiegbaren Schätze des Römischen Rechts bearbeitet werden kann. Daß mein Buch dadurch keinen antiquarischen, dem Leben abgewandten Charakter angenommen hat, glaube ich behaupten zu dürfen, wenigstens habe ich mich bei Auswahl und Anordnung des Stoffes überall bemüht, etwas Übersichtliches und für die Praxis Verwendbares zu geben.

Ich mag das Vorwort nicht schließen, ohne mit ein paar Worten auf einen Vorwurf einzugehen, den man der ersten Abteilung meiner Arbeit gemacht hat — daß sie die in der bisherigen Wissenschaft üblichen, aus dem Latein entnommenen technischen Ausdrücke nicht ausgemerzt habe. Man mag darüber streiten, ob wir gut daran tun werden, unsere altbewährten Bezeichnungen, die Jahrhunderte lang ein Gemeingut der Rechtswissenschaft aller Länder gebildet haben und zum mindesten einen unvergleichlichen didaktischen Wert besitzen, wie abgetragene Kleidungsstücke beiseite zu werfen. Jedenfalls lasse ich mir die Freiheit nicht nehmen, in einem für Kenner des bisherigen Rechts bestimmten Buche diejenigen Kunstausdrücke zu verwerten, die ihnen nun einmal geläufig sind und die in ihrem Verhältnis zu den neuen Bezeichnungen des BGB. klarzustellen mir in der jetzigen Übergangszeit unumgänglich erscheint.

Grunewald, 1. Mai 1899.

Prof. Dr. Paul Oertmann.

Inhalts-Verzeichnis.

Zweites Buch.

Recht der Schuldverhältnisse.

Abkürzungen.

Maßgebend waren grundsätzlich die Vorschläge des Deutschen Juristentages (beschlossen am 23. IX. 1904), Erste Ausgabe, Berlin 1905. Besonders hervorzuheben sind daraus und daneben die folgenden:

A. A. . . . . Anderer Ansicht.
Abs. . . . . Absatz.
BGB. . . . . . Bürgerliches Gesetzbuch.
Bd. . . . . Band.
Bem. . . . . . . Bemerkung.
bez. . . . . bezüglich.
bezw. . . . . . . beziehungsweise.
Code . . . . Code civil von 1804.
D. . . . . Denkschrift zur Reichstagsvorlage des Entwurfs; benutzt ist die Heymannsche Ausgabe, Berlin 1896.
E. I . . . . Erster Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch von 1888.
E. II . . . . Zweiter Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch (stückweise veröffentlicht).
EG. . . . . Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
fr. . . . . fraglich.
FGG. . . . . . Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898.
HGB. . . . . . Handelsgesetzbuch (wo mit Artikeln zitiert, ist die alte, wo mit Paragraphen, die neue Fassung von 1897 gemeint).
KO. (CO.) . . . . Konkursordnung nach der Fassung von 1898.
Landr. . . . . . Allgemeines Preußisches Landrecht von 1794.
M. E. . . . . . . Meines Erachtens.
Mot. . . . . Motive zum ersten Entwurf, gemeint ist mangels besonderer Zufügung der zweite Band.
No. . . . . Note.
Nr. . . . . Nummer.
Prot. . . . . Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1897 ff. (gemeint ist, wenn nur die Seitenzahl aufgeführt, der erste Band; übrigens ist die Bandnummer beigefügt).
RG. . . . . Reichsgesetz.
RGB. . . . . . . Reichsgesetzblatt.
S. . . . . Satz, auch Seite.
s. . . . . siehe.
SächsGB. . . . . Sächsisches Gesetzbuch von 1863.
StGB. . . . . . Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
WO. . . . . Allgemeine deutsche Wechselordnung.
ZPO. . . . . Zivilprozeßordnung, nach der neuen Fassung von 1898.
ZVG. . . . . . . Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897.

Aus der Literatur:

ArchBürgR. . . . Archiv für bürgerliches Recht.
ArchZivPrax. . . Archiv für die zivilistische Praxis.
Cosack . . . . . C. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, Aufl. 4, 1903.
Crome . . . . . C. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1902.
DJZ. . . . . . . Deutsche Juristenzeitung.
Dernburg, Pandekt. Dernburg, Pandekten, Aufl. 7, 1902.
Dernburg, Privatrecht . . . . . Dernburg, Preußisches Privatrecht, Aufl. 5, 1894—97.
Dernburg . . . . H. Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. II, Schuldverhältnisse, Aufl. 1/2, 1899 (Aufl. 3, 1905—6).
Eck . . . . E. Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben von R. Leonhard, Bd. I, 1903.
Endemann . . . . Fr. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Aufl. 8, 1903.
Enneccerus-Lehmann . . . . . L. Enneccerus und H. O. Lehmann, Das bürgerliche Recht, Aufl. 2, 1901.
Fischer-Henle . . Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe mit Anmerkungen, in Verbindung mit E. Ebert und H. Schneider, herausgegeben von O. Fischer und W. Henle. Aufl. 6, 1904.
Förster-Eccius . . Eccius, Preußisches Privatrecht, auf der Grundlage des Werkes von Förster. Aufl. 7.
Gierke . . . . . O. Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1887.
Goldmann-Lilienthal . . . . . RA. E. Goldmann und R.A. L. Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, Aufl. 2, 1903.
Gruchot . . . . . Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Dr. Gruchot.
Hellwig, Anspruch . C. Hellwig, Anspruch und Klagerecht, 1900.
Hellwig, Lehrbuch . C. Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, Bd. I, 1903.
Jherings Jahrbücher Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
JDR. . . . . . . Jahrbuch des Deutschen Rechts, herausgegeben von H. Neumann.
Kuhlenbeck . . . . Dr. L. Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, erläutert im Auftrage des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins, Bd. I, Aufl. 2, 1903.
—, von d. Pand. z. BGB. . . . Dr. L. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Eine dogmatische Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts. Teil I—II, 1898/9.
Landé . . . . . . LR. P. Landé, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Für die Praxis herausgegeben und erläutert. 1897.
Landsberg . . . . E. Landsberg, Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs, 1904.
Langheineken . . . P. Langheineken, Anspruch und Einrede, 1903.
Lehmann-Ring . . C. Lehmann und V. Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. I, III, 1901/2.
Matthiaß . . . . B. Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Aufl. 3, 1900.
Meisner . . . . OLGR. Dr. J. Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar zum zweiten Buche des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1898.
Neumann . . . . H. Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Aufl. 3.

OLG. . . . . . . Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Falkmann und Mugdan.

Planck . . . . . Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert vom Wirkl. Geh. R. Prof. Dr. G. Planck in Verbindung mit Achilles, André, Greiff, Ritgen, Strecker, Strohal und Unzner. Aufl. 3, 1903 ff.

Rehbein . . . . . Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert vom RGR. Dr. H. Rehbein, Bd. II, 1903.

RGZ. . . . . . . Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Scherer . . . . . Recht der Schuldverhältnisse des BGB., 1899, erläutert von RA. Dr. M. Scherer.

Schollmeyer . . . Recht der Schuldverhältnisse, erläutert von Fr. Schollmeyer, 1. Hälfte, 1900.

Siber, Rechtszwang H. Siber, der Rechtszwang im Schuldverhältnis, 1903.

Seuffert . . . . . Seufferts Archiv für die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe in den deutschen Staaten.

Staub . . . . . Herm. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Aufl. 6/7, 1900

Staudinger . . . J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Aufl. 2, Bd. II, 1905—6.

Weyl, Verschuldensbegriffe . . . . R. Weyl, System der Verschuldensbegriffe im BGB. 1905.

Windscheid-Kipp . Windscheid, Pandekten, Aufl. 8, herausgegeben von Th. Kipp 1900 ff.

Warneyer . . . . Jahrbuch der Entscheidungen zum BGB. von AR. Dr. O. Warneyer, Jahrgang 1 ff., Leipzig 1903 ff.

Warneyer, BGB. . Das BGB., erläutert durch die Rechtsprechung von AR. Dr. O. Warneyer, Leipzig 1905.

Außerdem sind mit den Namen der Verfasser zitiert die S. 8 Nr. 9 genannten Sonderdarstellungen.

Vorbemerkungen.

1. Das zweite Buch des BGB. umfaßt das **Recht der Schuldverhältnisse**, d. h. diejenige Gruppe der subjektiven Rechte, die man bisher unter dem Namen Forderungsrechte oder Obligationen zu bezeichnen gewohnt war. Über die Terminologie und die Gründe für die gewählte Bezeichnung s. Mot. S. 1.

2. **Stellung im System.** Entgegen der bis dahin üblichen Einteilung werden die Schuldverhältnisse als Buch II vor dem Sachenrecht als Buch III behandelt. Das beruht auf dem Beschlusse der ersten Kommission für das BGB., wonach die entsprechende Reihenfolge des bayerischen Entwurfs von 1861/4 zu Grunde gelegt wurde, s. Schwartz im ArchBürgR. 1 125, 176.

3. **Wesen der Schuldverhältnisse.** a) Die Schuldverhältnisse sind relative Rechte zwischen zwei Personen, von denen die eine (Gläubiger) von der andern (Schuldner) eine Leistung (s. Bem. zu § 241) zu verlangen hat. Darin liegt ihr Unterschied von den Sachenrechten, die in absoluter Weise den Willen des Berechtigten maßgebend sein lassen für das Verhalten aller andern in Bezug auf die betroffene Sache.

Dieser Gegensatz ist im BGB. streng durchgeführt. Das Forderungsrecht, auch wenn auf Erwerb eines dinglichen Rechtes gerichtet, interessiert dritte Personen als solches überhaupt nicht; es stellt nur dessen begründende und rechtfertigende causa dar, die vom dinglichen Erwerbsakt selbst unabhängig zu gestalten ein „großer Grundsatz" des BGB. ist (s. Mot. S. 3).

Folglich ist abgelehnt das landrechtliche sog. ius ad rem, das dem in Bezug auf eine Sache obligatorisch Berechtigten wenigstens gegen den bösgläubigen dritten Erwerber einen Anspruch gab. Überhaupt wird auch ein deliktischer Angriff gegen ein fremdes Forderungsrecht als solches abzulehnen sein. S. darüber näheres bei § 823 Anm. 3.

Hier ist nur folgendes zu bemerken: Keinenfalls liegt eine Verletzung des Forderungsrechtes eines dritten dann vor, wenn dessen Angriff sich nicht gegen das Recht als solches, sondern gegen eines seiner Substrate richtet (die Person des Gläubigers oder Schuldners, den Leistungsgegenstand); dann ist eben nur dieses verletzt, nicht das Recht als abstraktes Gedankending.

Aber auch dann dürfte keine Verletzung des letzteren anzunehmen sein, wenn jemand unbefugter Weise durch seine Handlung ein Forderungsrecht zum Erlöschen bringt (z. B. Einlösung einer Inhaberschuldverschreibung). Dies Erlöschen tritt ja lediglich infolge einer entsprechenden Vorschrift der Rechtsordnung ein, und es wäre mehr als seltsam, wenn diese das, was sie selbst im Interesse der Verkehrssicherheit eintreten läßt, andererseits als unerlaubte Handlung brandmarken würde.

Noch viel weniger kann der jetzt bisweilen auftretenden und auch vom Reichsgericht in der Sache gebilligten Lehre zugestimmt werden, wonach das Forderungsrecht sogar einen Unterlassungsanspruch gegen jedermann begründet (s. Bem. zu § 823), einerlei, ob man ihn aus dem Forderungsrechte als solchem oder einem besonderen zu seinem Schutze eingeführten Ausschliessungsrecht (so Eltzbacher, Das rechtswirksame Verhalten, 1903, S. 286 ff.) oder aus einer allgemeinen Bürgerpflicht (s. Neuner, Privatrechtsverhältnisse, 1866, S. 70 ff., dagegen Thon, Rechtsnorm, S. 207) ableitet. Eine solche Doppelstellung des Schuldverhältnisses, wobei es nach innen ein Rechtsband zwischen Gläubiger und Schuldner, nach außen ein ähnlich wie das Sachenrecht absolut geschütztes Rechtsgut darstellte, ist begrifflich möglich und hat vielleicht die Zukunft für sich, läßt sich aber aus dem geltenden Recht nicht erweisen. Insbesondere nicht durch die unbestrittene Tatsache, daß auch der bloß obligatorisch Berechtigte wegen §§ 823 Abs. 2 und 826 auf Schadensersatz zu klagen imstande ist.

Denn es ist nicht die Verletzung eines subjektiven Rechts, sondern der Verstoß gegen die Rechts- oder (bei § 826) sittliche Ordnung, worauf sich hier die Ersatzpflicht gründet; sie besteht daher auch nicht gegenüber dem verletzten Berechtigten, sondern gegenüber dem in seinem Interesse Verletzten.

b) Von andern relativen Rechten (Familienrechten!) unterscheiden sich die Forderungsrechte dadurch, daß sie nur auf einzelne mehr oder minder umfassende Leistungen gehen, ferner auch richtiger Ansicht nach durch ihren notwendig vermögensrechtlichen Inhalt, s. Bem. 1 b z. § 241.

c) Die Rechte können Ansprüche aus sich erzeugen im Sinne des § 194 — „das Recht von einem andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen". Dieser Begriff ist weiter als der des Forderungsrechtes, insoweit Ansprüche auch zur lediglichen Verwirklichung anderer Rechte dienen können (Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe seiner Sache, des Gatten auf Herstellung des ehelichen Lebens). Dabei erheben sich zwei schwierige Fragen, an deren Beantwortung auch der Kommentar nicht vorübergehen kann:

α) nach dem Verhältnis der Begriffe „Schuldverhältnis" und „Anspruch";

β) nach demjenigen der schuldrechtlichen und sonstigen Ansprüche.

Zu α:

Der (schuldrechtliche) Anspruch ist nicht mit dem Schuldverhältnis identisch, verhält sich vielmehr zu ihm wie die Folge zum Grunde. Das Schuldverhältnis ist die „lebende Kraft", der Anspruch nur eine seiner „Lebensäußerungen" (P. Klein, Untergang der Obligationen durch Zweckerreichung, 1905, S. 82, s. auch dessen Aufsatz in der „Österreichischen Richterzeitung" 1904 S. 158 ff.; auch Crome I § 29 Nr. 4; Windscheid § 252 a. E.; Mitteis, Invidualisierung der Obligation, 1886):

αα) Das zeigt sich vor allem bei den zusammengesetzten Schuldverhältnissen, die nicht nur auf eine ein für allemal bestimmte Einzelleistung gehen, sondern während ihres, meist auf längere Dauer berechneten Bestehens eine Vielheit besonderer Leistungspflichten aus sich erzeugen.

Das Schuldverhältnis als solches kann hier, schon wegen Mangels konkreten Inhalts, in der Regel noch nicht als ein Anspruch angesehen werden; Ansprüche entstehen vielmehr erst aus ihm auf die einzelnen Leistungen, sei es von selbst infolge einer automatischen Entwicklung des Verhältnisses (z. B. Anspruch auf den einzelnen Renten- oder Zinsposten) oder kraft einer einseitigen Anordnung oder Erklärung des Berechtigten, die kraft des vorhandenen Schuldverhältnisses eine konkrete Leistungspflicht hervorzurufen imstande ist, so z. B. beim Dienstvertrag, Auftrag (s. Bem. 1 zu § 665), bei der Gesellschaft.

S. Landsberg S. 319; Mitteis, aaO. S. 23 ff.; P. Klein aaO. S. 19 ff. Wieweit man überhaupt in dem so verstandenen Schuldverhältnis bereits etwas Einheitliches zu erblicken hat, ist nicht zweifellos, s. Klein, Österr. RZ. aaO. S. 161 (andeutungsweise), andererseits Mitteis aaO.

ββ) Es gilt aber auch bei den einfachen, in einer einzigen Leistung aufgehenden Schuldverhältnissen, z. B. dem zinslosen Darlehen, dem einfachen Schenkversprechen. Auch bei ihnen ist der Anspruch von dem ihn erzeugenden Schuldverhältnis logisch selbst dann verschieden, wenn es praktisch in einem einzigen Anspruch aufzugehen scheint. Streng genommen trifft dies aber auch niemals zu, schon weil jedes Schuldverhältnis außer dem Leistungs- einen davon verschiedenen Schadensersatzanspruch zu erzeugen vermag (so richtig Stein, Voraussetzungen des Rechtsschutzes, S. 108), sowie wegen seiner Fähigkeit, außer dem Anspruch gegebenenfalls eine Einrede (z. B. des Zurückbehaltungsrechts, des nicht erfüllten Vertrages) hervorzurufen.

Der Unterschied zwischen Schuldverhältnis und Anspruch zeigt sich u. a. auch in folgendem: Beim zweiseitigen Schuldverhältnis sind die Ansprüche beider Teile verschieden, während das Schuldverhältnis selbst möglicherweise als eine Einheit aufgefaßt werden kann; nicht minder wird von manchen, besonders im Gemeinen Recht, bei den Gesamtschuldverhältnissen zwischem dem einheitlichen Schuldverhältnis und der Mehrheit der Einzelansprüche geschieden. Ein betagtes (befristetes) Schuldverhältnis ferner ist als solches schon vorhanden, während ein wirklicher Anspruch sich daraus erst mit Eintritt des Termins ergibt — vorher schon von einem betagten Anspruch zu reden (so Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 51 ff., der den schon entstandenen betagten von dem erst künftigen befristeten Anspruch unterschieden wissen will; anders Siber, Rechtszwang S. 82, der den nicht fälligen Anspruch noch gar nicht als Anspruch anerkennt) hat m. E. keinen Zweck. Ferner verwandelt sich der Leistungs- in einen davon inhaltlich verschiedenen Ersatzanspruch, wenn die Leistung

durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich wird, während das Schuldverhältnis dadurch als solches unberührt bleibt (s. Bem. zu § 281). Umgekehrt ist es denkbar und häufig, daß das Schuldverhältnis als solches sein Ende erreicht, während die daraus bereits entstandenen Einzelansprüche fortbestehen, so besonders deutlich bei Auftrag und Gesellschaft (s. schon l. 26 pr. D. XVII, 1: . . . mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem durare).

Ob die Einzelansprüche ihrerseits wiederum als Schuldverhältnisse bezeichnet werden können, ist eine schwierige, wohl nur terminologisch bedeutsame Frage, die hier nicht weiter verfolgt werden kann, da ihre Lösung ein tiefes Eingehen auf das gesamte Problem des subjektiven Rechts erfordern würde. Vielleicht kann man mit der Unterscheidung von Schuldverhältnissen erster und zweiter Ordnung (letztere = Ansprüchen) oder mit Siber (Rechtszwang S. 92) von solchen im weiteren und engeren Sinne reden.

Dahingestellt muß hier auch das durch die germanistische Forschung (besonders v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, s. jetzt auch Gierke, Sachenrecht S. 810 ff.) in den Vordergrund gerückte Problem von dem Unterschied zwischen Schuld und Haftung bleiben. S. über die Verwertbarkeit dieser Unterscheidung im modernen Schuldrecht u. a. Isay, Jherings Jahrb. 48 187 ff., Bekker daselbst 49 51 ff., Kuhlenbeck bei Staudinger II S. 2 (dafür); Siber, Rechtszwang S. 1 ff., 258 (dagegen). Daß der Gegensatz von den Verfassern des Gesetzbuches nicht bewußt verwertet wurde, beweist nichts gegen seine wissenschaftliche Berechtigung; vielleicht läßt er sich zur Scheidung von Schuldverhältnissen und Ansprüchen, sowie zum Verständnis der sog. natürlichen Verbindlichkeiten (dafür Kuhlenbeck aaO.) verwerten, nicht minder zur Erklärung des Grundschuldbegriffs. Doch bedarf das alles noch eingehender Untersuchung.

Zu β: Ob der Gegensatz der dinglichen und obligatorischen Rechte auch in einer Verschiedenheit der entsprechenden Ansprüche wiederkehre, oder ob diese an sich gleichartig, also auch die dinglichen Ansprüche in demselben Sinne wie die obligatorischen Forderungsrechte seien, ist gleichfalls sehr zweifelhaft und bestritten. Für die Gleichartigkeit besonders Affolter, System des D. Übergangsrechts, S. 154, ZZP. 31 466 ff., sowie Siber, Rechtszwang S. 139, der nur einen mit praktischer Bedeutung im Prozeß (S. 99) versehenen Unterschied im Ursprung anerkennt; dagegen u. a. Crome II S. 4/5; Hölder, Kommentar zu § 221 Nr. 1, ZZP. 29 56 ff., 33 359 ff.; Hellwig, Lehrbuch S. 217, 204; Langheineken, Anspruch S. 25, 50; neuestens auch Sohm, Der Gegenstand, S. 31 Anm. 18.

Die Frage wäre ohne weiteres zu Ungunsten der ersteren Lehre entschieden, wenn und soweit das dingliche Recht von vornherein Ansprüche gegen jedermann auf Unterlassung begründete, wie z. B. Hellwig aaO. annimmt. Aber auch davon abgesehen, scheint die unterscheidende Lehre am meisten für sich zu haben. Sie entspricht der Terminologie des BGB. (Hellwig S. 216/7). Ferner weist der dingliche Anspruch Besonderheiten auf in Begründung und Dauer (Hellwig S. 204); er entsteht und besteht lediglich auf Grund eines dem vorhandenen dinglichen Recht widerstreitenden tatsächlichen Zustandes; er ist, wenn begründet, in seiner Existenz unabhängig von den etwaigen persönlichen Beziehungen der Beteiligten, die dem Beklagten nur eine Einrede gegen ihn zu verleihen vermögen (BGB. § 986). Er ist auch in Inhalt und Richtung im Gegensatz zu der Mannigfaltigkeit der persönlichen Ansprüche ein für allemal fest bestimmt, indem er als solcher immer nur auf Herstellung eines dem dinglichen Recht entsprechenden Zustandes gehen kann.

Aber natürlich ist nicht jeder Anspruch um deswillen ein dinglicher, weil er aus dem dinglichen Rechte entspringt. Insofern der Anspruch sich nicht mehr auf Herstellung des dinglichen Rechtes allein, sondern wegen dessen Verletzung auf eine besondere Leistung richtet, insbesondere auf Schadensersatz, ist er rein obligatorischer Natur, mag ihn auch das BGB. selbst in dieser Funktion teilweise im Sachenrecht behandeln (s. §§ 987 ff.).

Sicher ist übrigens, daß die Regeln des Schuldrechts in weitem Umfange auch auf dingliche Ansprüche Anwendung finden, so z. B. in Bezug auf die Abtretung; s. näheres bei Planck S. 4. Für eine völlige Identität beweist das indessen nichts.

γ) Über die Wirkungen des Anspruchs im allgemeinen ist hier nichts weiter zu bemerken; s. die Bemerkungen zu § 194. Nur kurz sei darauf hingewiesen, daß nach der modernen, m. E. richtigen Anschauung der Anspruch keineswegs identisch ist mit dem (materiellen) Klagerecht: ersterer ist ein Ausfluß des subjektiven Privatrechts, letzteres ein publizistisches Gebilde, eine Äußerungsform des gegen den Staat (das Gericht) gerichteten sog. Rechtsschutzanspruches im Sinne Wachs, ein Recht auf obsiegliches Urteil.

Was aber nach Ausscheidung der Anwartschaft auf Gerichtshilfe noch als wahrer Inhalt des privatrechtlichen Anspruches übrig bleibe, ist bestritten. Nach Hellwig (Anspruch S. 5 ff., Lehrbuch S. 219) beschränkt sich seine privatrechtliche Bedeutung in dem Recht auf Einforderung und Entgegennahme der Leistung. Dagegen Siber, Rechtszwang S. 70, 75, 83, der den Anspruch einmal auf „sofortige freiwillige Leistung“, dann aber auch „auf Duldung der staatlichen Rechtsschutzhandlung“ gerichtet sein läßt; möglicherweise daneben auch noch auf private Durchsetzung durch Selbsthilfe. Dem wird man zustimmen können, der Hellwigsche Anspruchsinhalt ist allzu abgeblaßt und gestaltlos, um zu befriedigen.

δ) Konkurrenz dinglicher und schuldrechtlicher Ansprüche. Eine solche kann sich ergeben, wenn jemand sowohl auf Grund einer besonderen obligatorischen Beziehung wie auf Grund eines dinglichen Rechts zur Herausgabe einer Sache oder zur Unterlassung von Besitzstörungen oder sonstigen Beeinträchtigungen verpflichtet ist. Alsdann soll nach Siber S. 130 der dingliche Anspruch als der allgemeinere durch den obligatorischen ausgeschlossen sein. Aber das dürfte nicht befriedigen. Siber kann seine Lehre nur retten durch eine auffällige einschränkende Auslegung des § 986, der durch das Vorhandensein einer besonderen schuldrechtlichen Beziehung zwischen den Beteiligten nur eine Einrede gegen den dinglichen Anspruch begründet werden, ihn also nicht ipso iure ausgeschlossen sein läßt.

Richtig dürfte freilich sein, daß die allgemeinen Haftungsgrundsätze bei dem Eigentumsanspruch, §§ 987 ff., durch die besonderen Vorschriften über die Vertrags- und Deliktshaftung gegebenenfalls zurückgedrängt werden. Aber in solchen Fällen handelt es sich nicht mehr um die Entfaltung des dinglichen Anspruchs als solchen; es stehen vielmehr zwei verschiedene schuldrechtliche Ansprüche in Frage, von denen der aus dem etwa obwaltenden besonderen Schuldverhältnis der Beteiligten den allgemeineren erklärlicherweise für seinen Bereich zurückdrängt.

Auch im übrigen ist mit der Unterscheidung von Forderungsrecht und Anspruch nicht gesagt, daß nicht die Sätze des zweiten Buches darüber hinaus auf Ansprüche aus anderen Rechten Anwendung finden. Daß das vielmehr insoweit der Fall sei, als nicht die Eigenart der fraglichen Rechte ein anderes erheischt, ergibt sich nicht nur aus der Natur der Sache, sondern auch aus verschiedenen davon im BGB. selbst gemachten Anwendungsfällen, s. Planck S. 4/5, Mot. S. 4.

d) Ein Schuldverhältnis liegt nicht schon deshalb vor, weil nach der Absicht des Gesetzes oder der Beteiligten die Vornahme einer Leistung erwünscht erscheint und durch Inaussichtstellen von Vorteilen für den Fall ihrer Vornahme, von Nachteilen für den Fall ihres Unterbleibens begünstigt wird (s. dazu die verdienstvollen Untersuchungen von Siber, Rechtszwang, S. 17 ff., auch G. v. Buchka, Die indirekte Verpflichtung zur Leistung, 1904). So liegt insbesondere mangels eines direkten „Rechtszwanges“ kein Schuldverhältnis, sondern höchstens eine „indirekte Verpflichtung“ vor — möglicherweise, wenn die Herstellung des Erfolges der Rechtsordnung gleichgültig ist, nicht einmal diese:

α) Bei der „Pflicht“ des Gläubigers zur Annahme der angebotenen Leistung; der Anzeige„pflicht“ wegen eines Warenmangels nach HGB. § 377; bei Vereinbarung einer Vertragsstrafe ohne Hauptverpflichtung (§ 343 Abs. 2); bei der „Pflicht“ des Erben zur Inventaraufnahme und Leistung des Offenbarungseides.

β) In den Fällen des sogen. condicionis implendae causa datum; der Auslobung; möglicherweise auch bei den „Pflichten“ des Mäklers und Trödlers.

γ) Bei der facultas alternativa.

Es muß somit noch ein weiteres Moment hinzukommen, um das Leistensollen zum wahren Schuldverhältnis zu erheben. Und zwar ist es mit Siber im Rechtszwang, in der zwangsweisen Durchsetzbarkeit des Leistensollens zu sehen.

In welchem Sinne dieser Rechtszwang dem Berechtigten zu Gebote stehen muß, kann fraglich erscheinen. Nach Siber und Hellwig (Lehrbuch S. 197) ist nötig die Anwartschaft auf einen Anspruch, wo dieser ausgeschlossen, liegt kein wahres Schuldverhältnis vor, so insbesondere nicht in den Fällen der sogen. natürlichen Verbindlichkeiten. Es bleibt aber die, bisher nicht widerlegte, Annahme immerhin möglich, daß auch das Vorhandensein anderer, minderer Rechtszwangsformen für den Begriff des Schuldverhältnisses ausreiche: etwa die Möglichkeit der sogen. soluti retentio, der Aufrechnung, der Sicherung durch Bürgen und Pfänder, der Geltendmachung ausschließlich in Form einer Einrede. Ob und inwieweit das wirklich zutreffe, ist noch nicht abschließend untersucht und muß hier dahingestellt bleiben; s. wegen der natürlichen Verbindlichkeiten unten Nr. 5.

Nicht ausgeschlossen wird auf alle Fälle der Bestand eines Schuldverhältnisses durch die Zuständigkeit einer **Einrede** für den Verpflichteten. Sie ist allerdings kein bloß prozessuales Gebilde, ebensowenig wie der Anspruch, dessen Gegenstück sie darstellt. Aber sie schließt die Existenz des Anspruches, geschweige denn diejenige des ihn erzeugenden Schuldverhältnisses, nicht aus, sondern stellt nur ein **Gegenrecht** gegen ihn dar, das der Richter erst kraft ausdrücklicher Vorschützung durch den Gegenberechtigten berücksichtigen darf. Daß die Einrede dem Vorhandensein des Schuldverhältnisses nichts schadet, zeigt sich am deutlichsten bei den bloß verzögerlichen (dilatorischen) sowie den nur gegen eine bestimmte Person („in personam") gerichteten Einreden. So auch Siber, Rechtszwang S. 142 und die dort Zitierten, die teilweise abweichen. — Auch der Umstand, daß der Schuldner von seiner Einrede außergerichtlich bereits Gebrauch gemacht hat, ändert an dem Vorhandensein des Anspruchs nichts; s. gegen die gegenteilige, besonders von Hellwig (Anspruch S. 10 ff., Lehrbuch S. 250 ff.) verfochtene Lehre besonders Siber aaO. S. 143 ff.

4. Entw. I schied im Anschluß an Windscheid den **Gegenstand** des Forderungsrechtes von seinem **Inhalt** und behandelte jenen, als den er ein „Tun oder Unterlassen des Schuldners" bezeichnete (§ 206), im ersten, diesen im zweiten Titel. Entw. II und BGB. haben diese Unterscheidung, mit Recht, fallen lassen. Will man von einem „Gegenstand" der Forderung im Unterschied vom Inhalt sprechen, so kann dabei nur an die Person des Schuldners gedacht sein; weder an seine **Leistung**, die vor ihrer Vornahme noch gar nicht existiert, noch an das **Vermögen**, das nur für die Leistung in Betracht kommt, und auch dafür nicht immer (Versprechen eines persönlichen Tuns oder Unterlassens!).

Neuerdings neigt Siber (aaO. S. 252) wieder dazu, das Vermögen als Gegenstand des Schuldverhältnisses aufzufassen; er verschließt sich aber nicht dem vom Standpunkt der herrschenden Lehre (s. Bem. 1b zu § 241) m. E. unüberwindlichen Bedenken, daß es auch Schuldverhältnisse ohne Vermögenswert geben könne.

Inhalt des Schuldverhältnisses ist dagegen das Ansprechenkönnen, die Zwangsbefugnis des Gläubigers in Bezug auf eine so oder so beschaffene Leistung des Schuldners, aber wieder nicht diese Leistung selbst.

Neben und hinter seinem ursprünglichen hat jedes Forderungsrecht noch einen subsidiären Inhalt: es geht auf das in Geld abzuschätzende **Interesse**, falls der Gläubiger die ihm ursprünglich geschuldete Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes nicht oder nicht ordentlich zu erlangen vermag.

5. Jedes Schuldverhältnis geht auf eine **Leistung**, mit deren Vornahme es sein Ende erreicht. Als das nötige Rechtsschutzmittel zu deren Erzwingung gegenüber dem widerwilligen Schuldner dient die **Klage**, deren Möglichkeit heutzutage das wichtigste und im allgemeinen selbstverständlichste Attribut einer Forderung bildet.

Das muß auch vom Standpunkt derer gelten, die mit Wach, Hellwig und ihren Anhängern gegen die bisher herrschende zivilistische Ansicht das publizistische Klagrecht vom privatrechtlichen Anspruch trennen (s. oben zu c γ), denn damit wird nur die logische Identität, nicht die tatsächliche, regelmäßige Zusammengehörigkeit am Anspruch und Klagerecht geleugnet. Gewiß kann es Fälle eines „Rechtsschutzanspruches" geben ohne ein zu Grunde liegendes Klagrecht, nicht minder solche, wo dem Träger des zivilistischen Anspruches die prozessuale Verfolgung versagt ist, insbesondere wegen des einer anderen Person zustehenden Prozeßführungsrechts (s. z. B. BGB. § 1400 Abs. 2, ZPO. § 265). Aber das sind nur besonders zu begründende Ausnahmen, und nirgends ist dabei der Fall so gelagert, daß dem Anspruch von vornherein, **als solchem**, die Anwartschaft auf Rechtsschutz endgültig versagt würde.

Ob andererseits da, wo das Gesetz aus einem Verhältnis überhaupt keinen Rechtsschutz im Wege der Klage verleiht, noch von einem Schuldverhältnis geredet werden könne, ob die klageweise Verfolgbarkeit oder Anwartschaft auf staatlichen Rechtsschutz ein notwendiges Kriterium des Schuldbegriffes sei, ist schwierig und bestritten.

Jedenfalls hatten die Römer eine Anzahl Fälle, in denen trotz Fehlens der actio einzelne andere minder vollkommene Rechtsschutzmittel und sonstige Wirkungen der obligatio anerkannt waren: die bekannten Fälle der sog. obligationes naturales; s. dazu neuestens die während des Druckes erschienene Monographie von Klingmüller, Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten, 1905.

Ob aber dem **geltenden** Recht dieser Zwitterbegriff der „natürlichen", „klaglosen" oder „unvollkommenen" Verbindlichkeiten noch angehöre, ist eine schwierige und nicht abschließend untersuchte Frage. Die herrschende Lehre (s. die

Übersicht bei Langheineken, Anspruch S. 184) ist seiner Anerkennung günstig, so die besonderen Aufsätze von Ubbelohde, Iherings Jahrb. 38 216 ff., und Oertmann, Allg. Österreichische Gerichtszeitung 1902, S. 199 ff. (S. A. 16 S., nach dem hier zitiert wird), ferner die Erlanger Dissertation von M. Mahler 1904, außerdem u. a. Stammler S. 26 ff., Kipp-Windscheid hinter § 289, Endemann § 99 Nr. 2, im Grunde auch Dernburg II § 3 („unvollkommene Verb."), nicht minder neuestens Klingmüller S. 209 ff. Dafür auch das Kammergericht 6. VII. 1903, DJZ. 03 454 (wo eine Beschwerde nach FGG. § 20 darauf begründet wird). Dagegen aber besonders Hellwig, Anspruch S. 13, Nr. 22, Lehrbuch S. 197 ff.; Siber, Rechtszwang S. 48 ff., Kompensation und Aufrechnung S. 90. Jedenfalls gehören nicht alle Fälle hierher, die man bisweilen unter dem Begriff der „natürlichen Verbindlichkeiten" zusammengefaßt hat: vor allem nicht der oftgenannte Fall der verjährten Schuld, weil hier Anspruch und Klagerecht gar nicht fehlen, vielmehr nur dem Schuldner gegen jenen eine (peremptorische) Einrede entgegensteht (s. Oertmann S. 2 ff.; anders wieder Klingmüller S. 217 ff.); ebensowenig aus ähnlichen Gründen der Fall einer versprochenen übermäßigen Vertragsstrafe (Klingmüller S. 248, Oertmann S. 9 10); desgleichen nicht der Verwendungsanspruch des Besitzers (Oertmann S. 10); ebensowenig die Pflicht des Minderjährigen (Oertmann S. 11), die Fälle des formlosen Immobiliarveräußerungsvertrages, Schenkungs- und Bürgschaftsversprechens (Oertmann S. 11 ff.), weil die hier überall vorhandene Möglichkeit einer Heilung des dem Akte anhaftenden Mangels ihn inzwischen noch nicht zu einem rechtswirksamen erheben kann, das vor der Heilung Gezahlte also der Rückforderung (mit condictio indebiti) unterworfen ist.

Es bleiben somit als mögliche Fälle einer natürlichen Verbindlichkeit nur übrig:

a) die Forderung aus Spiel und Wette, § 762, sowie die ihr gleichgestellte aus Differenzgeschäft, § 764: Ausschluß der Rückforderung mit cond. indebiti, aber kein wirksames Schuldanerkenntnis. S. Klingmüller S. 225 ff. Ob sie zur Grundlage eines Zurückbehaltungsrechtes dienen und ob sie abgetreten werden können, ist zweifelhaft.

b) die Forderung auf den Ehemakellohn, § 656, wie zu a). So auch Klingmüller S. 222 ff.

c) nach der Ansicht vieler Autoren läßt der Zwangsvergleich im Konkurse eine natürliche Verbindlichkeit des Gemeinschuldners bestehen, s. die Angaben bei Jäger zu KO. § 193, Anm. 5, aus der Judikatur z. B. RG. ZS. VI, 11. VII. 1898, Bd. 42, Nr. 28, S. 118, neuestens OLG. Hamburg, 14. VII. 1904, bei Seuffert 60, Nr. 31, S. 57 (mit interessanter Anwendung auf die Beurteilung eines vom Gemeinschuldner einzelnen Gläubigern wegen des Restes gegebenen Akzeptes). So auch Klingmüller S. 244 ff.

d) in einem weiteren Sinne gehören hierhin auch die nur durch die Sitte oder den Anstand auferlegten Verbindlichkeiten. Denn auch das auf sie hin Geleistete unterliegt nicht der Rückforderung mit der cond. indebiti, s. § 814 und Bem. dazu, s. auch § 534. Sie werden von manchen (s. die Angaben bei Oertmann S. 14, dazu jetzt Klingmüller S. 231 ff.) zu den natürlichen Verbindlichen gerechnet, von anderen aber (so Dernburg § 3, III) als „bloß ethische und soziale" Pflichten davon streng geschieden.

Zur Vorbereitung einer Entscheidung der Frage, ob hier oder in etwaigen anderen Fällen (z. B. §§ 1394, 1624, Abs. 1, s. zu diesem auch Klingmüller S. 243) wirklich eine Verbindlichkeit begründet werde, ist mit Langheineken, Anspruch S. 184 ff. zu untersuchen, ob sich der jenen „Schuldverhältnissen" anhaftende Mangel nur auf die prozessuale Verfolgbarkeit oder auch auf den materiellen Anspruch bezieht.

α) Wäre die erste Alternative zutreffend (so z. B. wohl Endemann § 99, Nr. 2, Stammler aaO. S. 27, dagegen Hellwig S. 197, Siber S. 48 ff., 68, 83—4), so würde das dem Vorhandensein eines privatrechtlichen Schuldverhältnisses nicht zu nahe treten, der Mangel bezöge sich ja nur auf das publizistische Recht gegen den Staat auf Rechtsschutz (so auch Langheineken S. 185, 191).

β) Zweifelhafter ist das Ergebnis, wenn man einen Anspruch leugnet. Denn ob anspruchslose Verbindlichkeiten überhaupt noch als Verbindlichkeiten zu erachten seien, erscheint problematisch, dafür allerdings Schollmeyer S. 2, dagegen aber neben Hellwig und Siber auch Langheineken S. 185. Die Frage ließe sich wohl nur vom Standpunkte der germanistischen Lehre vom Unterschiede der Schuld und Haftung aus bejahen (s. oben Nr. 3), und darauf zielt in der Tat Isay (Iherings Jahrb. 48 192) ab: es liege in den genannten Fällen zwar ein Schuldverhältnis, aber keine Haftung vor.

Mir scheint es heute fast sicher, daß die Anschauung zu α unhaltbar ist. Der Spielgewinn und Ehemakellohn sind offenbar aus materiellrechtlichen Gründen zurückgesetzt; das Gesetzbuch lehnt nicht nur die Klagbarkeit ab, sondern leugnet sogar das Vorhandensein einer Verbindlichkeit. Daß demungeachtet daraus ein Anspruch entstehen solle, ist nicht anzunehmen. Ob wir danach noch berechtigt sind, dabei von natürlichen Verbindlichkeiten zu reden, ist mir heute zweifelhaft und nur unter Annahme der noch unentschiedenen Haftungstheorie zu bejahen. Keinenfalls nötigt uns dazu schon der vom Gesetzbuch beliebte Ausschluß des Rückforderungsanspruches, da er auch bei den bloß sittlichen Pflichten angeordnet ist, die das Gesetz darum schwerlich hat zu Rechtspflichten erheben wollen. Andererseits scheint die Analogie des betagten Schuldverhältnisses, das als solches fast allgemein anerkannt wird, trotz Fehlens eines präsenten Anspruches, für die Bejahung zu sprechen.

Vielleicht könnte man am ehesten im Falle des § 1394 von einer natürlichen Verbindlichkeit reden, indem hier nur die derzeitige gerichtliche Verfolgbarkeit eines als solchen geradezu bezeichneten „Anspruches" aus bewegenden rechtspolitischen Gründen ausgeschlossen wird.

6. **Beschränkte Haftung** (s. dazu besonders Siber S. 183 ff.).

a) Für die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten haftet der Schuldner grundsätzlich mit seinem ganzen Vermögen, die Frage, ob und inwieweit diese Haftung durch gesetzliche Sonderbestimmung oder Vertrag beschränkt werden könne, ist noch nicht abschließend beantwortet. Man muß zunächst mit Siber zwei grundsätzlich verschiedene Arten beschränkter Haftung sondern:

α) die rechnerisch beschränkte Haftung, schon den Römern in verschiedenen Fällen geläufig (beim peculium, auf Grund des beneficium inventarii).

β) die gegenständlich beschränkte Haftung, so bei der Grund- und Rentenschuld im Erbrecht.

Überhaupt nicht zu den Fällen der beschränkten Haftung gehört die sogen. facultas alternativa, wenn sie auch wirtschaftlich den Fällen zu β ähnlich wirken kann, s. Siber S. 187.

Aber auch bei der rechnerisch beschränkten Haftung erhebt sich die Frage nach der Berechtigung des Begriffes, da es scheinen möchte, als ob mit der Beschränkung der Haftung eine solche des Schuldverhältnisses selbst einträte. Der Zweifel erledigt sich in den Fällen, wo die Haftungsbeschränkung nur auf einer besonderen Einrede beruht, als welche den Bestand der Schuld ipso iure unberührt läßt. Übrigens wird man von rechnerisch beschränkter Haftung nur in solchen Fällen reden können, wo durch einen besonderen Umstand die an sich, nach ihrer Zweckbestimmung, auf eine weitergehende Entfaltung angelegte Schuld sich nur bis zu dem bestimmten rechnerischen Maximum entfalten kann (so in dem Fall der l. un. C. VII 47) oder nachträglich darauf zurückgedrängt wird; oder wo neben der weitergehenden Haftung des einen die minder weitgehende Haftung des anderen steht, z. B. jemand übernimmt für einen anderen bis zu einer bestimmten Höchstsumme Kreditbürgschaft, ein Versicherer bis zu einer derartigen Höchstsumme die Versicherung. Aber überall ist hier, soweit ich sehe, nicht nur die Haftung, sondern das Schuldverhältnis selbst entsprechend beschränkt, und die Fruchtbarkeit des Begriffes beschränkter Haftung bleibt insoweit problematisch.

Wichtiger ist die gegenständlich beschränkte Haftung, und hier erhebt sich die Frage, ob sie neben den bereits gesetzlich anerkannten Fällen auch vertragsmäßig vereinbart werden könne. Sie ist besonders aufzuwerfen bei den nicht rechtsfähigen Vereinen und Gesellschaften: kann eine Beschränkung der Haftung auf das Vereins- und Gesellschaftsvermögen wirksam ausgemacht werden? S. dazu Bem. 4 zu § 714.

Man wird die Frage grundsätzlich bejahen können. Angesichts der im Schuldrecht auch sonst regelmäßig anerkannten Bestimmungsfreiheit der Beteiligten fehlt es an einem zureichenden Grunde, um die Schaffung eines inhaltlich in dieser Weise beschränkten Schuldverhältnisses abzulehnen. So auch Planck S. 7, 8.

Das Verhältnis ist juristisch so zu denken, daß sich das Leistenmüssen des beschränkt haftenden Schuldners nur auf eine bestimmte Sache oder einen Komplex von solchen bezieht. Blos in dieser Begrenzung ist eine, insoweit aber auch klagbare, Schuld anzuerkennen, die von einigen Germanisten (so Puntschart, dagegen Siber S. 202) verfochtene Annahme einer „unerzwingbaren auf volle Leistung aus dem gesamten Vermögen des Schuldners gerichteten Schuld verbunden mit einer Haftung" — des Grundstücks, der Erbmasse — erscheint weder notwendig noch förderlich.

Möglicherweise, ja meistens findet sich als Kehrbild der Haftungsbeschränkung eine dingliche, pfandartige Gebundenheit des Haftungsgegenstandes zu Gunsten des Gläubigers (s. Siber S. 206 ff.). Dabei sind wieder zwei Fälle zu unterscheiden: das „Abandonsystem": eigentlich gewöhnliche Haftung, nur mit der facultas alternativa des Schuldners, sich durch die „Abandonnierung zu befreien, und gegenständlich beschränkte Haftung in strengem Sinne.

7. **Einteilung des Stoffes.** E. I teilte das zweite Buch in 4 Abschnitte, deren erster die allgemeinen Lehren der Schuldverhältnisse enthielt, während die andern die einzelnen Institute nach ihrem Entstehungsgrunde (Vertrag, Delikt, andere Gründe) unterschieden. Abschnitt 1 zerfiel wieder in 5 Titel, Abschnitt 2 in 20, von denen der erste die allgemeinen Vorschriften über obligatorische Verträge enthielt.

Diese ziemlich formalistische Einteilung hat man im E. II und im Gesetz verlassen. Das Buch II zerlegt seinen Stoff in 7 Abschnitte, von denen die ersten 6 die allgemeinen Lehren behandeln;

1. Inhalt der Schuldverhältnisse, §§ 241—304.
2. Schuldverhältnisse aus Verträgen, §§ 305—361.
3. Erlöschen der Schuldverhältnisse, §§ 362—397.
4. Übertragung der Forderung, §§ 398—413.
5. Schuldübernahme, §§ 414—419.
6. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern, §§ 420—432.

Demgegenüber umfaßt der große siebente Abschnitt in 25 Titeln „einzelne Schuldverhältnisse", ohne weiter nach dem Entstehungsgrunde zu unterscheiden, sondern in der Reihenfolge der inneren Verwandtschaft. Eine erschöpfende Aufzählung aller möglichen obligatorischen Verhältnisse ist damit nicht beabsichtigt (s. Mot. S. 2), auch angesichts der grundsätzlichen Vertragsfreiheit im Schuldrecht, „der Vielgestaltigkeit der Verkehrsbeziehungen", nicht möglich: dies im Gegensatz zur geschlossenen Zahl der dinglichen Rechte! Nichts hindert die Parteien, sich unter Beachtung der im Gesetzbuch ihrer Bestimmungsfreiheit gesteckten allgemeinen Schranken ihre Beziehungen nach ihrem Ermessen zu regeln. Dafür wird dann mangels konkreter Parteifestsetzung das im BGB. für verwandte Verhältnisse Bestimmte im Wege der Analogie verwendet werden dürfen, Mot. S. 2. Anders teilweise Endemann S. 624, der für jedes Schuldverhältnis einen rechtlich anerkannten Verpflichtungsgrund fordert: „Der Tatbestand eines jeden Anspruchs muß sich unter eine der rechtlich anerkannten Geschäftstypen einordnen lassen." Richtig ist daran, daß ein Schuldverhältnis nicht unter eine der ausnahmslos ausgeschlossenen oder erschwerten Geschäftstypen fallen darf (z. B. Spiel und Wette), aber keineswegs muß es positiv einem im Gesetzbuch besonders anerkannten Typus angehören. Wie hier Planck S. 6.

Gewisse Materien sind überhaupt aus dem BGB. ausgeschieden und teils anderweiter reichsgesetzlicher, teils landesrechtlicher Regelung überlassen worden:

a) ersteres gilt namentlich vom Handels- und Wechselrecht, Anfechtungsrecht und dem Rechte des unlauteren Wettbewerbes.
b) letzteres gilt von den im EG. Art. 55 enthaltenen Materien, von denen den Schuldverhältnissen insbesondere angehören das Versicherungsrecht (Art. 75), Verlagsrecht (Art. 76), Gesinderecht (Art. 95) und zum Teil das Wildschadensrecht (Art. 70/71).

Auf diesen Gebieten bleibt nicht nur das bisherige Landesrecht in Kraft, sondern es kann auch in Zukunft neues erlassen werden, EG. Art. 3.

8. Die das Recht der Schuldverhältnisse betreffenden Übergangsbestimmungen finden sich im EG. Art. 170/179. Danach übt das BGB. hier im allgemeinen keine rückwirkende Kraft aus, nur mit einzelnen Ausnahmen namentlich zu Gunsten des neuen Miet- und Pachtrechtes.

9. Aus der bisherigen Literatur beziehen sich auf das Recht der Schuldverhältnisse außer den Abschnitten in den verschiedenen großen Kommentaren und Systemen folgende Spezialarbeiten:

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB., Berlin 1897, Aufl. 2, 1904.

Zweites Buch.

Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt.

Inhalt der Schuldverhältnisse.

Erster Titel.

Verpflichtung zur Leistung.

§ 241.

Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

E. I 206, II 205, RB. 235. — Mot. S. 5. Prot. S. 279. D. S. 61—2.
Literatur (zu S. 2): Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse, ArchZivPrax. **92** 1ff. (auch besonders erschienen); Lehmann das. **96** 66ff.

1. Das Schuldverhältnis hat zum Inhalt das Einforderndürfen einer **Leistung**. Eine nähere Abgrenzung dessen, was darunter fallen könne, gibt das Gesetz nicht:

a) Sie kann bestehen in Verschaffung von Eigentum oder andern Rechten („ad dandum“ nach römischer Terminologie).

Ferner in Vornahme einer faktischen oder Rechtshandlung irgend welcher Art („ad faciendum“). Daß diese auch in einem bloßen Unterlassen bestehen könne, sagt ausdrücklich Abs. 2.

b) Muß die Leistung für den Gläubiger einen **Vermögenswert** darstellen? Das lehrte bisher die herrschende Lehre (s. z. B. Dernburg, Pand. II, § 17, Hartmann, ArchZivPrax. **73** 370, dagegen Windscheid § 250, Nr. 3, Jhering Jahrb. **18** 43). Die Entwürfe und das BGB. stellen das Erfordernis nicht direkt auf, und ihr Schweigen beruht nach der Entstehungsgeschichte auf der ausgesprochenen Absicht, das Erfordernis des Vermögensinteresses fallen zu lassen, s. Mot. S. 3, Prot. S. 278/81. Angesichts dieses passiven Verhaltens des Gesetzes setzt sich der Streit im neuen Recht fort:

α) Weitaus die meisten sind mehr oder minder entschiedene **Gegner** des Vermögensinteresses. So besonders entschieden Cosack § 80 Nr. I, III, ferner Crome § 141, Enneccerus S. 373 (nötig ist nur ein schutzwürdiges Interesse), Kuhlenbeck bei Staudinger S. 5 (ebenso in Aufl. 1 das. Mayring S. 9 Nr. 3), Planck S. 6, Otto, Sächsische Vorträge S. 212, Landsberg S. 301, Matthias S. 325, Schollmeyer S. 3 Nr. 4, Siber, Rechtszwang S. 94, Wendt S. 49, 51 (der aber auf den geringen Wert außerökonomischer Forderungen hinweist), Kipp-Windscheid S. 9, besonders aber in eigenartiger Ausprägung Kohler, ArchBürgR. **12** 1ff. Doch mahnen einige Autoren zur Vorsicht in Anerkennung von Ansprüchen ohne Vermögenswert, andere, so Kohler, und ihm folgend Planck, stellen das allgemeinere

Erfordernis einer Geschäftsmäßigkeit der versprochenen Leistung auf. Landsberg nennt Schuldverhältnisse ohne Vermögenswert „verschwindend selten".

β) Einzelne Schriftsteller halten am Erfordernis eines Vermögenswertes fest. So besonders Hellwig, ArchZivPrax. 86 223 ff., ferner Dernburg II § 84, Endemann § 109, im wesentlichen auch Hellmann, KrVJSchr. 41 223, wenn er auch die von ihm erforderte „Beziehung zum Vermögen" sehr weit faßt.

γ) Vermittelnd sind die Ansichten von R. Leonhard, Allgem. Teil S. 153: Vermögensinteresse, aber kein Geldinteresse, und v. Tuhr, KrVJSchr. 43 581—582, Grünhuts Z. 25 530: Grundsätzlich ist ein objektiver Vermögenswert erfordert, aber kein subjektives Interesse des Gläubigers. Umgekehrt sind Versprechen ohne objektiven Vermögenswert dann wirksam, wenn sie durch ein berechtigtes Interesse des Gläubigers gerechtfertigt werden.

Man wird am Erfordernis des Vermögensinteresses festzuhalten haben (was m. E. trotz Leonhard mit „Geldinteresse" = einem in Geld abschätzbaren Interesse zusammenfallen dürfte).

Denn das Fallenlassen des VJ. würde den Begriff des Schuldverhältnisses zu unbrauchbarer Weite verflüchtigen und alle festen Grenzen gegen andere relative Rechte niederreißen, wie auch Cosack folgerecht annimmt. Die Entstehungsgeschichte ferner ist, wie überall, auch hier gegenüber inneren Gründen nicht maßgebend, zumal sie im bloßen Schweigen des Gesetzes keinen genügenden Ausdruck finden kann.

Nur darf man das Erfordernis nicht zu eng fassen. Es braucht kein konkreter Vermögensvorteil durch den einzelnen Fall erzielt zu werden, sofern es sich um Leistungen handelt, „die im wirtschaftlichen Verkehr nur um Geld beschaffbar sind".

Übrigens können die Gegner ihren Standpunkt gerade nach dem BGB. nicht unbeschränkt durchführen. Denn dieses läßt wegen eines nichtökonomischen Schadens laut § 253 Schadensersatz in Geld nur in den besonders im Gesetz bestimmten Fällen zu, womit das Schuldverhältnis ohne Vermögenswert seiner wichtigsten Wirkung entkleidet wäre. Ferner geben sie selbst zu, daß die meisten Fälle solcher Versprechen (wie z. B. das des ersten Walzers) unklagbar seien, teils weil es am ernsten Verpflichtungswillen fehle, teils weil die Gebiete von Religion, Liebe und Anstand überhaupt dem Rechtszwange entzogen seien (so Kohler und auch Planck).

Andrerseits können auch nach der hier vertretenen Ansicht ideale Interessen unter Umständen rechtlich gesichert werden durch Ausbedingung einer Vertragsstrafe (s. § 343 und Bem. dazu).

Nach alledem ist die praktische Bedeutung der Streitfrage nicht hervorragend.

2. **Pflicht zum Unterlassen.**

Unterlassungspflichten, im Sachenrecht von besonders großer Bedeutung, kommen auch im Schuldrecht in mannigfacher Weise vor und werden in S. 2 von vornherein als wirksam anerkannt:

a) Dem Schuldner ist eine Unterlassung als solche auferlegt, z. B. Unterlassung eines Konkurrenzbetriebes, des Klavierspielens oder des Haltens von Haustieren, pacta de non licitando, Veräußerungsverbote (§ 137); s. Wendt S. 6 ff.

Dabei ist es bisweilen nur ein Unterschied in der Fassung, ob die Pflicht einen positiven oder negativen Inhalt habe: so bedeutet die vom Werkmeister oder Beauftragten übernommene Pflicht, die Zuziehung von Gehilfen zu unterlassen, zugleich die Pflicht zur persönlichen Ausführung.

Über derartige Pflichten und die Folgen ihrer Verletzung läßt sich im allgemeinen wenig sagen. Zu beachten ist nur, daß das Zuwiderhandeln hier vielfach eine andere, weitertragende Bedeutung hat als bei den Pflichten zum Tun. Denn während das geschuldete Tun im Falle der Säumnis in der Regel noch nachgeholt werden kann, bewirkt die Vornahme des zu unterlassenden Tuns vielfach eine endgültige, unwiederbringliche Unmöglichkeit des Vertragszweckes, mindestens aber eine teilweise Leistungsunmöglichkeit auch im Gegenstande (Lehmann S. 73). Darum können die Regeln über den Verzug auf derartige Pflichten zum mindesten nicht unterschiedslos angewendet werden, und hinsichtlich der Anerkennung eines Zurückbehaltungsrechtes bei ihnen ist die größte Vorsicht geboten; s. Bem. zu § 273. Damit hängt auch wohl zusammen, daß die zur Sicherung einer Unterlassungspflicht versprochene Vertragsstrafe mit der bloßen Tatsache der Zuwiderhandlung verfällt, § 339 S. 2. — Über die Besonderheiten der Unterlassungspflichten handelt ausführlich Wendt aaO., s. auch Treitel, Unmöglichkeit und Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten, Dissert. 1902.

b) Daneben gibt es, an Zahl sogar im Leben weit überwiegend, „kombinierte Unterlassungspflichten" (Wendt S. 6). Sie treten vielfach als ausdrücklich vereinbarte

Nebenbestandteile oder auch als gleichwertige Hauptbestandteile (Lehmann S. 67) eines übrigens auf positive Leistungen gerichteten Vertrages auf, so besonders bei der Miete — man denke an die zahlreichen Vorschriften der Hausordnungen, bei denen auch ein Teil der bereits zu a) genannten Beispiele am öftesten hervortritt. S. auch BGB. § 550 und Bem. dazu, § 654.

Möglicherweise sind derartige Pflichten schon gesetzliche Folgen eines seiner sonstigen Natur nach positiven Schuldverhältnisses; s. BGB. §§ 549, 664 S. 1, 691 S. 1. In weitem Umfange ergeben sie sich aber auch ohne besondere Abrede oder Gesetzesvorschrift aus dem alle einzelnen Schuldverhältnisse beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben, so besonders bei Dauerverhältnissen, wie Miete, Dienst- und Werkvertrag, Mäklervertrag, Gesellschaft.

Die Rechtsfolgen einer Verletzung derartiger Pflichten dürften sich mit denen der Gruppe a) decken.

c) Davon wieder verschieden ist eine dritte Gruppe, die neuerdings die allgemeinere Aufmerksamkeit erregt hat; Lehmann S. 67 nennt sie „sekundäre Unterlassungspflichten". Ist der von Staub (Die positiven Vertragsverletzungen, 1902) entwickelte Gedanke richtig, daß die schuldhafte Verletzung einer Verbindlichkeit durch eine positive Handlung ersatzpflichtig macht (s. unten Bem. 5 zu § 276), so liegt es mindestens nahe, den Grund für diese Ersatzpflicht in einer neben der eigentlichen Vertragspflicht herlaufenden Pflicht zur Unterlassung von Gefährdungen des Vertragszweckes und Schädigungen des Gegners zu finden. Für eine solche latente allgemeine Unterlassungspflicht erklärt sich in der Tat Schöller bei Gruchot 46 27, teilweise auch Lehmann aaO. Der Widerspruch von Siber (Rechtszwang S. 85ff., 175ff.) betrifft mehr die Form als die Sache: ihm ist „die Unterlassung von Handlungen, die die Erfüllung vereiteln, regelmäßig nicht Gegenstand einer neben der Leistungspflicht stehenden besonderen Verpflichtung", sondern nur „ein negativer Ausdruck für etwas schon in der Verpflichtung zur Hauptleistung Enthaltenes". Ob man in allen Fällen der sogen. „positiven Vertragsverletzungen" mit diesem übrigens annehmbaren Gesichtspunkt auskommt, ist unten zu prüfen, jedenfalls gehen jene über den Bereich der Erfüllungsvereitelungen entschieden hinaus, z. B. jemand liefert ein krankes Tier, das den vorhandenen Viehbestand des Gläubigers ansteckt.

d) Verhältnis der Unterlassungs- zur **Duldungspflicht** (s. Wendt S. 16ff.). Daß beide nicht völlig zusammenfallen, zeigt der bekannte Unterschied unter den Grundgerechtigkeiten (servitutes in non faciendo, in patiendo). Aber man wird immerhin mit Wendt die Duldungspflicht als eine bloße Abart der Unterlassungspflicht ansehen dürfen; es handelt sich um Unterlassung des Widerspruchs, der Hinderung gegenüber dem Tun des Berechtigten. Die Vorschriften über die Folgen einer Verletzung von Unterlassungspflichten werden daher im allgemeinen auch auf diejenigen von Duldungspflichten angewendet werden dürfen, so z. B. der Verfall der Vertragsstrafe bei bloßer Zuwiderhandlung auch ohne Verzug. Doch ist dabei wohl noch nähere Prüfung geboten.

e) Der Unterlassungsanspruch. Aus der Unterlassungspflicht entspringt der Anspruch auf Unterlassen, s. Wendt S. 77ff., anerkannt z. B. in BGB. § 550. Es geht zu weit, wenn einzelne mit Ubbelohde daraus nur einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse herleiten. Denn wenn auch die Zuwiderhandlung die Erfüllung der Unterlassungspflicht häufig unmöglich macht (s. oben a), so ist doch bei Dauerpflichten diese Unmöglichkeit an sich nur eine teilweise, die den Rest der Erfüllung nicht ausschließt. Außerdem ist mit Wendt der Unterlassungsanspruch grundsätzlich als schon vor der Zuwiderhandlung entstanden zu erachten (S. 92), und es fehlt nur in der Regel an dem Bedürfnis, ihn gerichtlich geltend zu machen.

3. Die Leistung kann mehr oder minder fest **bestimmt**, aber auch möglicherweise noch unbestimmt sein. Nur ist letzterenfalls zu erfordern, daß sie durch dieses oder jenes Moment **bestimmbar** ist; s. §§ 315ff. und Bem. dazu. Andererseits ist ein bestimmtes Schuldverhältnis in dem Sinne, daß der Leistungsinhalt ein für allemal unverrückbar und unveränderlich feststände, wie bei der römischen oblig. stricti iuris, heute nicht mehr möglich, weil mit dem Prinzip des § 242 und überhaupt dem auf Treu und Glauben abstellenden Charakter aller modernen Schuldverhältnisse unverträglich. Sie alle sind späterer Erweiterungen fähig, mindestens durch Verzugszinsen und das sonstige accessorische Interesse.

Auch der Gegenstand der demnächstigen Leistung kann verschieden bestimmt sein: bald speziell, bald nur gattungsmäßig (§ 243); bald ist eine von mehreren wahlweise bezeichneten Leistungen vorzunehmen (§§ 262ff.).

§ 242.

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

E. I 224 Abs. I S. 1, 359, II 206, RV. 236. — Mot. S. 197/198, Prot. S. 303. vgl. SächsGBuch § 858.

Literatur: K. Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des BGB., 1902, bes. S. 127 ff. (Inhaltsübersicht in DJZ. **03** 232 ff.); Stammler, Schuldverhältnisse S. 36 ff.; ders., die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902. Ferner: Cohn, JW. **00** 37 ff., Hachenburg, Vorträge, Aufl. 2 S. 10—31; Schneider, ArchBürgR. **25** 269 ff. Besonders über die Verkehrssitte: Hölder, Recht **01** 216 ff. Über das „Billigkeitsprinzip" Oertmann das. **00** 3 ff.

1. **Geltungsgebiet.** Die Regel des § 242 unterstellt alle Schuldverhältnisse dem, übrigens schon in den bisherigen Rechten fast allgemein anerkannten, Grundsatze der Beurteilung nach Treu und Glauben; sie sind fortan alle „obligationes bonae fidei", nicht mehr „stricti iuris" im Sinne der Römer.

Zweifelhaft ist aber geblieben, wie sich der in § 242 angeordnete Beurteilungsmaßstab zu den sonstigen für die Verpflichtung des Schuldners maßgebenden Gesichtspunkten verhält:

a) Nach Stammler sollen alle ergänzenden Einzelsätze des Schuldrechts, also wohl auch alle Parteivereinbarungen, nur unter der stillschweigenden Einschränkung gelten, daß sie im Einzelfalle das dem Leitsatze des § 242 entsprechende Ergebnis liefern. Ähnlich Crome § 142 Nr. 1 a. E.

b) Nach Schneider dagegen steht „die Unverbrüchlichkeit von Gesetz und Vertrag" über dem Ermessen des nach Treu und Glauben urteilenden Richters; § 242 darf nur „auf dem vom Gesetzgeber und den Vertragsbeteiligten freigelassenen Gebiete als maßgebende Entscheidungsnorm herangezogen werden", S. 228, 108, 127, 130, 208. Ähnlich Schollmeyer Nr. 4: § 242 beziehe sich nicht auf die Art der geschuldeten Leistung, sondern nur die Art, in welcher der Schuldner seine Verbindlichkeit zu erfüllen hat, so auch schon Prot. I S. 624, zustimmend Oertmann aaO. S. 5—6.

In der Tat wird Stammlers radikale Lehre weder durch die Entstehungsgeschichte noch durch den Wortlaut des § 242 bestätigt. Dieser normiert die Erfüllungspflicht des Schuldners, setzt also diese Eigenschaft bereits als vorhanden voraus. Ob und in welchem Sinne, inwieweit — denn einen Schuldner in abstracto gibt es nicht — und wielange jemand Schuldner sei, kann also nicht aus § 242, sondern nur aus anderen Momenten bestimmt werden: teils durch das besondere Rechtsgeschäft, teils durch die Einzelvorschriften der geltenden Rechtsordnung. Erst innerhalb des dadurch abgesteckten Rahmens kommt der Leitsatz des § 242 zur Geltung. Nach der gegenseitigen Auffassung würde auch § 157, der die Vertragsauslegung nach Treu und Glauben bestimmt werden läßt, neben § 242 ganz überflüssig oder doch in der Abgrenzung unklar sein; nicht minder zahllose, offenbar dem Billigkeitsprinzip dienende Einzelsätze des Schuldrechts, wie §§ 251 Abs. 2, 343. Dagegen die engere Auslegung grenzt das Gebiet der §§ 157 und 242 genau ab: § 157 schreibt die Grundsätze vor, die über Sinn und Tragweite einer das (vertragsmäßige) Schuldverhältnis begründenden Abrede entscheiden sollen; ist also insoweit für die Feststellung des Schuldinhalts maßgebend; § 242 bezieht sich nur auf die Frage, wie ein als vorhanden feststehender Anspruch auszuüben und eine vorhandene Pflicht zu erfüllen sei. So z. B. bestimmt Gesetz und Vertrag, an welchem Orte und zu welcher Zeit der Schuldner zu erfüllen hat, während für die nähere Lokalisierung innerhalb des feststehenden Erfüllungsortes, die Abgrenzung der für die Erfüllung in Betracht kommenden kleineren Zeitteilchen Treu und Glauben maßgebend sind. Ob Schuldner dem Gläubiger die Ware schicken muß, bestimmt der Vertrag, unter Heranziehung der Auslegungsregel des § 157; wie er sie zu behandeln hat — wie verpackt, ob eingeschrieben, durch welches Beförderungsmittel — ergibt der Beurteilungsmaßstab von Treu und Glauben. Dieser entscheidet nicht minder darüber, wieweit z. B. der Verkäufer dem Käufer, der Unternehmer dem Besteller, Gebrauchsanweisungen erteilen muß; wieweit der Kunde sich beim Schneider zum Anprobieren einzufinden hat; wieweit der Dienstherr dem Dienstpflichtigen Anweisungen erteilen darf und erteilen muß; was zur Bewachung einer Sache, zum ordnungsmäßigen Gebrauch einer Mietwohnung gehört; ob der Verwahrer oder Entleiher bei Gefahren

die eigenen Sachen vor den fremden bevorzugen dürfe. Zahlreiche weitere Beispiele gibt Schneider aaO.

Der Anwendungsbereich des § 242 ist also um so erheblicher, je weniger genau der Schuldinhalt durch Vertrag und Gesetz bestimmt, je mehr das Schuldverhältnis auf ein „incertum“ im Sinne des Römischen Rechts gerichtet ist. In derartigen Fällen dient § 242 allerdings schließlich auch einer ergänzenden Feststellung des Schuldinhaltes, und es ist insoweit zu eng, ihn nur auf die Art der Erfüllung zu beschränken.

Nur insofern steht § 242 über einer abweichenden Parteiabrede, als er selbst zwingendes Recht darstellt, s. unten Nr. 5.

2. **Inhaltliche Bedeutung des Begriffes** „Treu und Glauben“.

a) Jedenfalls ist der Begriff ein rein objektiver (so auch Endemann § 100 Anm. 12 a), von den subjektiven Momenten des guten oder bösen Glaubens durchaus zu scheiden. Eine entsprechende innere Absicht ist zur Beobachtung der Vorschrift des § 242 weder erforderlich noch ausreichend.

b) Was übrigens „Treu und Glauben“ bedeute, ist leichter zu empfinden als klar zu formulieren. Eine Verweisung auf die „sittlichen Grundlagen unseres Verkehrs, auf die redliche Gesinnung, die von jedem Verkehrsgenossen zu verlangen ist“ (Endemann aaO. Nr. 2 b) dürfte allzu unbestimmt sein; besser wird man mit Schneider auf die „unparteiische Abwägung der beiderseitigen Interessen“ abstellen, S. 107, 131, 147. Eine solche Abwägung liegt gleichmäßig den handelnden Parteien wie dem über das Verhältnis urteilenden Richter ob. Damit nähert man sich auch einigermaßen dem idealistischen Standpunkt von Stammler (S. 40, 43; richtiges Recht passim): Handeln gemäß Treu und Glauben bedeutet ein Handeln im Sinne des „sozialen Ideals“, wobei ein jeder die Zwecke des andern zu den seinigen macht. Dagegen freilich Dernburg § 10 Nr. I.

c) Zweifelhaft kann dabei das Verhältnis unseres Begriffes zu dem verwandten, im BGB. gleichfalls nicht selten verwerteten Begriffe der **Billigkeit** erscheinen (s. Oertmann aaO. S. 28; Schneider S. 13, 211 ff.). Manche, so Endemann aaO., verwenden den Begriff der Billigkeit zur Feststellung desjenigen von Treu und Glauben. Dagegen ist nichts einzuwenden, wenn man sich nur vergegenwärtigt, daß Billigkeit ein viel weiterer Begriff ist: man wird darunter allgemein die angemessene Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Einzelfalles (s. Windscheid I § 28) zu verstehen haben. So aufgefaßt, ist die Herstellung einer (konkret) billigen Beurteilung das Ziel, zu dem die Vorschrift des § 242 ein hauptsächliches Mittel bildet. Ferner ist die „Billigkeit“ im Sinne des Gesetzbuches allein oder doch vorwiegend ein Maßstab für die Beurteilung und Festsetzung eines Verhältnisses, „Treu und Glauben“ dagegen ein solcher für ein so oder so zu beobachtendes Verhalten.

3. Die **Rücksicht auf die Verkehrssitte** wird nicht als zweiter gleichberechtigter Grundsatz, gewissermaßen zur Auswahl, neben Treu und Glauben aufgestellt. Sie soll vielmehr nur bei Feststellung des im Einzelfall nach Treu und Glauben erforderlichen vornehmlich berücksichtigt werden, s. Prot. S. 625, Planck Nr. 1.

Unter mehreren vorhandenen Verkehrssitten ist der gerade am Erfüllungsort herrschenden der Vorzug zu geben. Auf deren Unkenntnis kann der Schuldner sich wenigstens dann nicht berufen, wenn er sich darüber hätte informieren können. So auch RG. JS. VII, 6. X. 1903, bei Seuffert 59 Nr. 177 S. 312.

4. Die Vorschrift des § 242 ist für **beide Teile** gegeben:

a) der Schuldner hat ihr entsprechend zu erfüllen, sonst genügt er seiner Pflicht nicht, muß also noch nachleisten und den durch ungenügende Leistung entstandenen Schaden ersetzen.

b) der § dient aber auch zum Schutze des Schuldners gegen weitergehende unangemessene Anforderungen des Gläubigers (Beispiel bei Stammler S. 43) und erfüllt insoweit die Aufgaben der bisherigen exceptio doli. Aber er geht über sie hinaus, indem der Richter zweifellos auch von Amtswegen zum Schutze des Schuldners auf ihn Rücksicht nehmen muß, Endemann § 100 Nr. 2 a.

Ob es daneben im geltenden Recht noch eine selbständige Einrede der Arglist (exceptio doli generalis) gebe, ist sehr bestritten, s. die umfassende Literaturübersicht bei Weyl, Verschuldensbegriffe S. 465 ff. Man hat sie vielfach als auch ohne besondere Anerkennung im Gesetzbuch, gewissermaßen „von Gottes Gnaden“ zu Recht bestehend, verfochten, so Eck, Vortrag über den allg. Teil des Entwurfs, 1896, S. 49, bisweilen auch aus der häufigen Erwähnung der Verstöße gegen Treu und Glauben gefolgert, so Weyl. Der exceptio doli günstig auch RG. JS. VI, 17. XII. 1903, in DJZ. 04 313, während derselbe Senat im Erk. vom 30. VI. 1904, Bd. 58 Nr. 90 S. 356,

die Verwendbarkeit des § 242 zu ihrer Annahme dahingestellt läßt. Dagegen sehr entschieden und wohl durchschlagend Schneider aaO. S. 155ff. Sie erscheint für den Anwendungsbereich der §§ 157, 242 und 226 (Schikaneverbot) entbehrlich und überholt, während ihre Anerkennung in anderen Fällen leicht ins Uferlose führen könnte. Doch bedarf die Frage noch dringend weiterer Untersuchung.

5. Die Bestimmung stellt ihrem ganzen Charakter nach offenbar zwingendes Recht dar; eine Abrede des Gegenteils wäre den guten Sitten zuwider und ungültig, Stammler S. 49. Das widerspricht nicht dem oben Nr. 1 Gesagten. Freilich können die Parteien, soweit nicht zwingende Sätze entgegenstehen, Art und Inhalt der zu begründenden Schuldverhältnisse frei bestimmen, sie können es aber nicht verhindern, daß innerhalb der so abgegrenzten Schuldverhältnisse Treu und Glauben den Beurteilungsmaßstab bilden.

§ 243.

Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten.

Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache.

E. I 213/4, II 207, RV. 237. — Mot. S. 10/2. Prot. S. 285/9.

Literatur: W. Berndorff, Die Gattungsschuld, 1900; W. Haver, Die Gattungsschuld; W. Cuno, Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden, Dissert. Breslau 1901.

Aussonderung 5a. **Auswahl** 3. **Gattungsschuld** 1. **Konzentration** 4. **Leistung** 4. **mittlerer Art und Güte** 2. **Rücknahme** 5b. **Verwandlung der Gattungsschuld** 5.

1. a) Die Bestimmung des § 243 bezieht sich nicht auf alle gattungsmäßig bestimmten Leistungen, sondern nur auf derlei **Sachleistungen** s. übrigens die Bemerkung der Mot. S. 10.

Der Unterschied zwischen **Gattungs- und Speziesschuld** ist ein relativer. Jedenfalls wird für den § 243 erfordert, daß die Leistung nur der Gattung nach bestimmt sei, — also fallen die Versprechen von Teilen und Stücken aus einer individuell bezeichneten Menge nicht darunter. So auch Cuno S. 7, Dernburg § 11, II, Eck S. 241, Schöller bei Gruchot 46 24. Anders Haver S. 21ff. und die dort zitierten, Kisch Grünhuts Z 28 258, Kuhlenbeck bei Staudinger Nr. 4 (anders Mayring das. in Aufl. 1, Nr. 3), Planck Nr. 2, Schollmeyer Nr. 2, vermittelnd Berndorff S. 16/7 (Schuldgegenstand ist eine Spezies, aber die Vorschriften der Gattungsschulden sind anwendbar). Aber daß die Leistung hier nur der Gattung nach bestimmt sei, läßt sich allein dann annehmen, wenn man den individuell abgegrenzten Gesamtvorrat als eine Gattung für sich ansieht. Und damit wirft man den Gattungsbegriff, der seine Berechtigung und Besonderheit im Gegensatz zum konkret Wahrnehmbaren findet, einfach über Bord. Eine Gattung, die zugleich Spezies wäre, ist ein Unding!

Eine auf den Gesamtvorrat als Ganzes gerichtete Schuld wäre somit eine Speziesschuld; wie kann das anders sein, wenn die Schuld nur auf einen Teil davon geht? Der Teil eines Konkretum kann doch auch nur Konkretum sein!

Übrigens würden die Regeln über die Gattungsschulden, namentlich die des Abs. 1, auf solche Verhältnisse auch gar nicht passen, ebensowenig der § 480 BGB. Denn da der Gesamtvorrat in aller Regel dieselben Eigenschaften hat, wäre ein Anspruch auf Lieferung eines mangelfreien Stückes daraus an Stelle des gelieferten mangelhaften widersinnig.

b) Liegen die Voraussetzungen zu a) vor, so ist die Schuld eine Gattungsschuld im Sinne von § 243. Wenn Rehbein (S. 33) die Geldsummenschuld von der Gattungsschuld scheidet, so kann dem kein Beifall gezollt werden. Freilich sind bei ihr nicht gerade Stücke mittlerer Art und Güte zu liefern, da jedes Stück der Währungsmünze Zwangskurs hat ohne Rücksicht auf gute Beschaffenheit. Aber auch bei ihr kann es zur Konzentration mit ihren Folgen kommen, wenn sie auch wegen § 270 mit der Absendung in der Regel noch nicht eintritt.

2. Der Schuldner hat eine Sache **mittlerer Art und Güte** zu leisten. Das entspricht dem bewährten Vorbild des Landrechts (I, 5, § 275) und des HGB. Art. 335 (jetzt: § 360), s. auch Code Art. 1246, Sächs. GB. § 696. Jedoch kann wohl ein anderes vereinbart werden, und bei Vermächtnissen gilt überhaupt Besonderes nach §§ 2155, 2182/3; andere Fälle, in denen die Regel nach dem konkreten Vertragszweck nicht passen würde, führt Laband ArchZivPrax. 73 177 an.

3. Die **Auswahl** des Stückes aus der Gattung gebührt dem Schuldner, dies sowohl nach der Natur des Verhältnisses wie nach dem Wortlaut des § 243. Doch steht einer gegenteiligen Vereinbarung, auf die dann Abs. 1 ebenmäßig Anwendung finden dürfte, schwerlich etwas im Wege, arg. 2155, Abs. 2.

4. **Konzentration.** Da nur eine species real geleistet werden kann, so muß jede Gattungsschuld sich einmal in eine spezielle verwandeln, um ihren Zweck zu erfüllen. In welchem Moment das geschehe, darüber stritt sich die gemeinrechtliche Doktrin. Es waren vertreten die Theorien der Ausscheidung, Anzeige, Lieferung und Individualisierung, von denen die von Jhering (Jahrbücher 4, Nr. 5) vertretene Lieferungstheorie den größten Einfluß erlangte, übrigens auch schon im wesentlichen dem Landrecht zu Grunde lag (Dernburg PrR. II, § 138). Ihr schließt sich das BGB. an mit der Modifikation, daß nicht gerade die vollzogene Lieferung verlangt wird, sondern nur, daß Schuldner das ihm dabei Obliegende getan habe (wichtig im Falle des Annahmeverzuges, s. § 300, Abs. 2). Was dazu gehöre, bestimmt sich nach der Natur des Schuldverhältnisses und den Regeln über den Erfüllungsort (Schulden auf Geben, Schicken, Bringen!).

Bloße Ausscheidung oder Einpackung genügt grundsätzlich nicht.

Außer durch Lieferung kann die Konzentration auch durch Vertrag der Beteiligten eintreten, Schollmeyer Nr. 5a, Haver S. 38. Voraussetzung ist dabei natürlich eine ausreichende Individualisierung des Schuldgegenstandes; s. RG. Bd. 43, Nr. 48, S. 184. Liegt sie vor, so tritt die Konzentration selbst dann ein, wenn die ausgeschiedenen Stücke Mängel aufweisen sollten.

5. Mit dem in Abs. 2 genannten Moment verwandelt sich die Gattungs- in eine Speziesschuld. Daran ist gegen Rehbein (S. 31, Nr. 18) Widerspruch festzuhalten. Keineswegs ist jene „von Anfang an auf eine Speziesschuld gerichtet", sondern nur auf die Leistung einer species. Gegenstand der Schuld und der Leistung sind aber nicht identisch. Eher könnte man gegen die Annahme einer Schuldverwandlung anführen, daß der Schuldner mit der Konzentration, weil mit der Leistung zusammenfallend, aufgehört habe Schuldner zu sein. Aber einmal würde das auf die vertragsmäßige Konzentration nicht passen (s. Nr. 4 a. E.), zum andern trifft es nicht einmal für die Leistungskonzentration vollständig zu; es bleiben dem Schuldner mindestens noch Nebenpflichten zu erfüllen übrig, z. B. zur Absendungsanzeige, vor allem aber die Pflicht zur Unterlassung einer ihm dem Transporteur gegenüber in der Regel noch möglichen Gegenorder (s. unten b).

Die **Rechtsfolgen** der Konzentration bestehen in folgendem:

a) Die Gefahr, bisher beim Schuldner (§ 279), geht auf den Gläubiger über, entsprechend § 275. Ein Weiteres, insbesondere Aussonderung gerade der einzelnen zu liefernden Quantitäten von einander, ist damit nicht unterschiedslos, sondern nur soweit, als der Schuldner ohnedies noch nicht seiner Vertragspflicht genügt hätte, erfordert; Abs. 2 wird somit auch Platz greifen, wenn z. B. jemand die von zwei Kunden bestellten Kohlenmassen ungeschieden auf einem Schiff verladet, soweit ihm das ausdrücklich oder nach dem besonderen Vertragszweck stillschweigend gestattet war. So auch für das frühere Recht Jhering und Dernburg aaO.; anders mit Unrecht ROHG. 22 285 und 23 145.

Für das geltende Recht stimmen mit dem Gesagten überein Cosack § 122 zu Nr. 6, Cuno S. 49, anders ohne zulängliche Begründung Goldmann-Lilienthal S. 482, Staub, Exkurs zu § 382 Anm. 51.

b) Da der Schuldner nunmehr die spezialisierte Sache schuldet, so darf er dem Gläubiger gegenüber die einmal abgesandte nicht mehr zurücknehmen und andere Exemplare dafür einstellen. Er hat grundsätzlich kein ius variandi. Denn Abs. 2 redet allgemein, läßt keineswegs die Konzentration nur zu Gunsten des Schuldners wirken. Es wäre auch wenig gerechtfertigt, dem Schuldner, der durch den vollzogenen Leistungsakt die Gefahr seinem Gegner aufgebürdet hat, noch die Verfügungsfreiheit über das geleistete Stück zu belassen.

So auch die herrschende Meinung, z. B. Berndorff S. 39ff., 81, Dernburg § 12 II, Crome § 147 Nr. 4, Eck S. 239/40, Enneccerus S. 384, Hachenburg, Vorträge

Aufl. 2 S. 29, Haver S. 52, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 5 b, Matthiaß S. 338, Otto, Sächsische Vorträge S. 218, Planck Nr. 5, Siber, Rechtszwang S. 48, Türcke-Niebenführ Nr. 6, Kipp-Windscheid S. 38.

Anders Kisch, Grünhuts Zeitschrift 28 259, da die Konzentration in erster Linie (also doch nicht ausschließlich!) zu Gunsten des Schuldners ausgesprochen sei; Fr. Leonhard, Iherings Jahrb. 41 30, R. Leonhard zu Eck S. 240 (dieser mit Unterscheidungen), Schollmeyer Nr. 6, Schneider, Treu und Glauben S. 224; in Bezug auf den Kauf auch Staub, Exkurs zu § 373 Anm. 44 wegen § 480.

Nur in zwei Fällen lassen die Vertreter der herrschenden Meinung teilweise Ausnahmen zu:

α) Der Gläubiger soll sich auf die Konzentrationswirkung dann nicht berufen können, wenn er gar kein berechtigtes Interesse daran hat, daß ihm das zuerst ausgesuchte Stück auch wirklich geliefert werde. So vorzüglich Hachenburg und Planck; aus der Praxis gewährt in diesem Falle ein ius variandi das OLG. Marienwerder, 16. X. 1903, bei Seuffert 59 Nr. 40 S. 74. Dem ist im Ergebnis beizutreten; allerdings hat der Gläubiger das Recht auf das ausgeschiedene Stück unterschiedslos, allein seine Ausübung würde in Fällen der hier unterstellten Art eine nach § 226 unstatthafte Schikane enthalten. Aber daß solche vorliege, muß nach der hier vertretenen Lehre immerhin der Schuldner beweisen; anders, wie es scheint, Planck sowie vom Standpunkt der Gegenmeinung aus Schollmeyer, der in der Berufung des Gläubigers auf den höheren Wert der zuerst konkretisierten Sachen nur einen besonderen Einwand sieht.

β) Viele Vertreter der herrschenden Lehre lassen den Schuldner dann allgemein das ius variandi zurückgewinnen, wenn der Gläubiger die angebotene Sache geradezu zurückgewiesen hat, andere weitergehend allgemein dann, wenn er in Annahmeverzug gekommen ist. So besonders Crome, Dernburg, Kipp, sowie weniger weitgehend Enneccerus und Siber (dieser nur bei ausdrücklicher Annahmeweigerung). Aus der Praxis für ius variandi bei Annahmeverzug: OLG. Celle 1. IV. 1902 bei Seuffert 57 Nr. 142 S. 260, OLG. Marienwerder Ripr. 10 156.

Die hier gemachte Ausnahme hat sachlich gute Gründe der Billigkeit für sich, schwierig ist aber die Begründung. Sieht man mit Siber im Annahmeverzug einen Verzicht auf die Konkretisierung, so trifft das nur für die Fälle zu, wo der Annahmeverzug mit einem bewußten Annahmeweigerungsakt verbunden ist. Darin kann man ohne Zwang vielfach zugleich eine Aufforderung an den Schuldner sehen, ein anderes Stück als das angebotene zu liefern, und der Schuldner darf dem in Form einer Rücknahme des angebotenen nachkommen. Übrigens wird es bei der Ausnahme zu α) verbleiben müssen.

γ) Die von Staub für den Kauf allgemein gelehrte Ausnahme ist zu verwerfen. § 480 bezieht sich doch nur auf die Lieferung eines mangelhaften Stückes, das der Käufer nicht als Erfüllung anzunehmen braucht und mit dessen Lieferung daher folgerecht eine Konkretisierung noch nicht als eingetreten zu erachten ist, s. unten c).

c) Eine rückwirkende Kraft ist der Schuldumwandlung hier nicht beigelegt, anders als beim Wahlschuldverhältnis (§ 263 Abs. 2). Ist ferner mangelhaft erfüllt, so bleibt dem Gläubiger der Anspruch auf Lieferung aus der Gattung: denn dem hat der Schuldner eben noch nicht das Erforderliche getan; s. besonders für den Kauf §§ 480, 491, die auch auf andere Verträge entsprechend anwendbar sind laut § 493.

6. Daß die ausgesonderte und dem Gegner angebotene Ware vertragsmäßig sei, also den Anforderungen des Abs. 1 entspreche und die etwa besonders zugesicherten Eigenschaften besitze, muß im Streitfall der Schuldner beweisen. Anders nach § 363, wenn der Gläubiger die angebotene Ware einmal als Erfüllung angenommen hat. Anders auch wohl, „wenn es sich um eine vereinbarte Provenienz der Ware handelt", die durch deren Untersuchung nicht mehr feststellbar ist, RG. 10. XII. 1900, SächsArch. 11 592.

Vorbemerkung vor 244/5.

Diese Paragraphen behandeln nicht die gesamte Lehre vom Geld, sondern in ziemlich willkürlicher Auswahl nur zwei Sonderfälle des Geldrechts. Es erscheint unter diesen Umständen nicht angängig, im Kommentar die Materie als Ganzes zu erörtern; Näheres darüber ergeben die Lehrbücher.

§ 244.

Ist eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld im Inlande zu zahlen, so kann die Zahlung in Reichswährung erfolgen, es sei denn, daß Zahlung in ausländischer Währung ausdrücklich bedungen ist.

Die Umrechnung erfolgt nach dem Kurswerte, der zur Zeit der Zahlung für den Zahlungsort maßgebend ist.

E. I 215, II 208, RV. 238. — Mot. S. 12—5, Prot. S. 289/90. S. dazu die Bundes- bezw. Reichsgesetze vom 16. VI. 70 (RGBl. 507), 4. XII. 71 (RGBl. 409) und 13. VII. 75 (Reichsmünzgesetz, RGBl. 233; ferner HGB. Art. 336, WO. Art. 37.

1. **Charakter.** Die Geldschuld, von der die §§ 244/5 reden, ist juristisch ein (besonders wichtiger) Fall der Gattungsschuld, s. Bem. 1b zu § 243; die möglichen Fälle, daß individuell bestimmte Geldstücke oder Stücke besonderer Beschaffenheit (z. B. preußische Sterbetaler von 1861) versprochen sind, regeln sich nach den allgemeinen Bestimmungen über Spezies- bezw. Gattungsschulden, s. Mot. S. 14.

2. Geldschulden können in **in- wie in ausländischer Währung** ausgedrückt sein.

a) Über den ersteren Fall enthält das BGB. keine allgemeinen Bestimmungen; die Schuld kann dann in jeder Währungsmünze gezahlt werden nach Maßgabe des Reichsmünzgesetzes. Anders nur bei besonderer Abrede (Geldsortenschuld, § 245).

b) Im zweiten Fall steht dem Schuldner nach § 244 eine facultas alternativa zu; er kann — nicht muß, wie Dernburg § 16 Anm. 4 zu Unrecht annimmt — statt der ausgemachten fremden auch die Reichswährung zahlen.

Anders nur bei ausdrücklicher (nicht auch stillschweigender) Abrede: jedoch wird man das Erfordernis nicht pressen dürfen; es muß rationeller Weise genügen, wenn der bei der Abrede zu Grunde gelegte Vertragszweck (z. B. Reise) gerade nur eine Leistung in der ausgedrückten ausländischen Währung verträgt. S. auch Binder, Stellung der Erben S. 86 Anm. 42, der noch weitergehend das Wort „ausdrücklich" hier als bloßen Pleonasmus bei Seite schieben will. Strenger Planck Nr. 2 und Zitelmann Grundriß S. 90—1, der eine ausdrückliche Erklärung im Sinne der allgemeinen Vertragslehre fordert.

Über den Fall, daß die in ausländischer Währung bestimmte Geldschuld auch im Auslande zu zahlen ist, bestimmt das BGB. nichts. Es wird dann im allgemeinen wohl das ausländische Recht zur Beurteilung zu Grunde zu legen sein.

3. Der für den zu leistenden Kurswert **maßgebende Zahlungsort** bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln, s. §§ 269/70. Hat der Zahlungsort keinen eigenen Kurswert, so ist derjenige des für ihn maßgebenden Handelsplatzes zu Grunde zu legen.

Die **„Zeit der Zahlung"** ist im Sinne des Abs. 2 der Zeitpunkt der Fälligkeit, nicht die der tatsächlichen Erfüllung, Schollmeyer Nr. 3.

§ 245.

Ist eine Geldschuld in einer bestimmten Münzsorte zu zahlen, die sich zur Zeit der Zahlung nicht mehr im Umlaufe befindet, so ist die Zahlung so zu leisten, wie wenn die Münzsorte nicht bestimmt wäre.

E. I 216, E. II 209, RV. 239. — Mot. S. 12—5, Prot. S. 290.

1. Zulässig ist eine Abrede, daß nur gerade in einer bestimmten (in- oder ausländischen) Münzsorte geleistet werden soll **(Geldsortenschuld)**. Das Recht, Geldschulden in jeder Währungsmünze zu zahlen, ist eben nicht der Vertragsfreiheit entrückt. Um so eher kann durch Vertrag auch die Zahlung gerade in den Münzen eines von mehreren Währungsmetallen ausbedungen werden. Fall der sog. **Goldklausel.**

Die allgemeine Gültigkeit dieser Klausel wird heute kaum noch bestritten, s. Oertmann, DJZ. **04** 334 ff.; sie ergibt sich mit Sicherheit schon aus § 245, da sich die alle Sorten von Goldwährungsmünzen zulassende „Goldschuld" weniger weit von der allgemeinen Geldschuld entfernt, als die noch strengere eigentliche Geldsortenschuld.

Streit besteht nur über die Eintragbarkeit der Klausel im Grundbuche, s. dazu die Kommentare des Sachenrechts, besonders Biermann zu § 1115. Die hier nicht näher

zu prüfende Frage dürfte (gegen Merfeld, Gruchots Beitr. **39** 574 ff. und Perls, Iherings Jahrb. **45** 216 ff.) mit der vorwiegenden Theorie und Praxis unbedenklich zu bejahen sein (so besonders RG. 50 Nr. 32 S. 195 ff.; KG. im Jahrb. **20** A 194 ff.). Denn die Goldschuld ist sowohl juristisch wie wirtschaftlich nicht, wie die Gegner meinen, auf einen unbestimmteren, sondern umgekehrt auf einen noch bestimmteren Gegenstand gerichtet als die gewöhnliche Geldschuld.

Die Goldklausel behält auch ihre Kraft trotz etwaiger Änderungen der Währung, ja sie würde alsdann gerade ihre Hauptbedeutung entfalten; nur wenn das Gold überhaupt seiner Eigenschaft als inländisches Währungsmetall entkleidet würde, ist nach Analogie von § 245 eine Hinfälligkeit der Klausel anzunehmen. Soweit freilich erweislich die Parteien die radikale Absicht verfolgt haben sollten, daß unter allen Umständen nur in Gold erfüllt werden solle, wäre anders zu entscheiden: Die Schuld richtete sich hinfort auf das Gold nicht mehr als Währungsgeld, sondern im Sinne eines entsprechenden Wert- oder Gewichtsquantums in Gold als solchem. Eine derartige Klausel ist aber von der Eintragung im Grundbuch ausgeschlossen.

Wann eine Geldsortenschuld oder Goldschuld und in welchem Sinne sie vorliegen soll, darüber bestimmen beim Fehlen besonderer Bestimmungen die allgemeinen Auslegungsregeln; ausdrückliche Abrede, etwa durch Anwendung des Wortes „effektiv", ist nicht unbedingt erfordert.

2. **Bedeutung**: Mangels besonderer Bestimmung müßte die Geldsortenschuld mit dem Wegfall der bestimmten Geldsorte wegen nunmehriger Unmöglichkeit der Leistung erlöschen, §§ 275, 279. Das würde aber dem zu unterstellenden Parteiwillen nicht entsprechen, der doch im Zweifel in der Ausbedingung der Sorte nur einen bloßen Nebenzweck zu erreichen suchen wird. Die Motive nehmen daher wohl mit Recht in unseren Fällen eine bloße Nebenabrede neben dem Hauptvertrage an, des Inhalts, daß die Schuld gerade in der Sorte getilgt werden soll. Dann vernichtet natürlich der Wegfall der Neben- noch nicht die Hauptabrede.

Natürlich kann aber auch die Leistung gerade in der bedungenen Sorte ausdrücklich oder stillschweigend zur wahren Geschäftsbedingung erhoben werden.

3. Nur wahre **Unmöglichkeit** der Leistung kann die Nebenabrede aufheben, nicht bloße Schwierigkeit der Erlangung: z. B. die Sorte ist nur noch gegen ein erhebliches Agio erhältlich (etwa Goldmünzen nach Einführung der Doppelwährung).

4. Es kommt nach dem Wortlaut und Sinn des § an sich auf die **Zeit der Zahlung**, nicht der Fälligkeit der Schuld an. Leistet jedoch der Schuldner nicht rechtzeitig und kommt infolgedessen in Verzug, so muß er nach §§ 286/7 bei späterer Unerhältlichkeit der geschuldeten Sorte dem Gläubiger natürlich das volle etwaige Interesse ersetzen.

Im Falle des § 245 gilt die Nebenabrede nunmehr als nicht beigefügt; es tritt also keine Umrechnung der ursprünglichen Sorte in die vielleicht an ihre Stelle getretene neue ein, sondern der Vertrag gilt von rückwärts als gar nicht auf jene gerichtet.

§ 246.

Ist eine Schuld nach Gesetz oder Rechtsgeschäft zu verzinsen, so sind vier vom Hundert für das Jahr zu entrichten, sofern nicht ein anderes bestimmt ist.

E. I 217, E. II 210, RV. 240. — Mot. S. 15—7, Prot. S. 290/1, VI S. 175—7. ReichstKommBer. S. 34.

Literatur: v. Petrazycki, Lehre vom Einkommen Bd. II S. 123 ff.

1. **Begriff**: Zinsen sind vom Schuldner einer Hauptleistung zu entrichtende, in Prozenten derselben bemessene periodische Vergütung für den Gebrauch des fremden Kapitals. Sie unterscheiden sich von den Dividenden durch ihre ein für allemal fixierte, von den Geschäftsergebnissen des Schuldners nach oben wie nach unten unabhängige Höhe; von den Renten dadurch, daß sich das Gläubigerrecht nicht in den Einzelbeträgen erschöpft, sondern neben ihnen der Kapitalanspruch bestehen bleibt.

Wird das Kapital durch Zuschläge zu den Zinsen allmählich aufgezehrt (Amortisationsquoten), so stellen diese Zuschläge keine wahren Zinsen dar, sondern Teilleistungen auf die Hauptforderung. Es gibt zwei Arten Zinsen:

a) Vertrags- oder Kreditzinsen.

b) Gesetzliche Zinsen (Ersatzzinsen). Sie sind in zahlreichen Fällen zu entrichten:

α) Wer fremdes Kapital herauszugeben hat, muß die gewonnenen, in einzelnen Fällen auch die gewinnbaren Zinsen erstatten, s. z. B. § 347 für den Fall des Rücktrittsrechts, §§ 818, 820² für die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Die gleiche Pflicht trifft den Käufer, der die Nutzungen des Kaufgegenstandes erlangt hat, § 452.

β) Wer fremdes Kapital in eigenem Interesse verwendet, muß davon Zinsen als „fingiertes" Einkommen leisten, so § 668 (Mandatar), 1834 (Vormund).

Über den Begriff s. Petrazycki aaO. S. 138 ff.; s. auch Preußisches Einkommensteuergesetz vom 24. VI. 91, § 13 Abs. 2.

γ) Wer Aufwendungen zu ersetzen hat, muß dem Aufwendenden auch Zinsen der fr. Summe erstatten (s. § 256; „geopfertes" Einkommen nach Petrazycki).

δ) Wer eine neue Leistung erst zu machen hat, braucht daneben Zinsen nicht von Anfang an zu leisten, sondern erst vom Beginn des Verzuges — Verzugszinsen, § 288 —, aber auch ohne solchen wenigstens vom Prozeßbeginn ab — Prozeßzinsen, § 291. S. auch noch §§ 641, 675, 698, 1133. — Weiter geht das Handelsrecht, §§ 353—4.

Die meisten dieser Fälle entsprechen dem bisherigen Recht, nur die Prozeßzinsen waren bestritten.

2. **Höhe:** Die Höhe der Vertragszinsen unterliegt der freien Vereinbarung, Zinstaxen kennt das Gesetz nicht. Allerdings dürfen dabei die Wucherverbote (s. § 138) nicht übertreten werden, und bei Zinsen über 6% gibt § 247 ein Kündigungsrecht. Nur bei fehlender Abrede über die Höhe greift die subsidiäre Bestimmung des § 246 Platz.

Die Höhe der gesetzlichen Zinsen bestimmte sich im Gemeinen Recht nach der Landesüblichkeit, ward aber fast überall auf 5% festgesetzt. Ebenso Landrecht I, 11, § 841 und SächsGB. § 677. Diesen Satz übernahm E. I, der Reichstag aber setzte ihn mit Rücksicht auf die geänderten wirtschaftlichen Verhältnisse und den sinkenden Zinsfuß auf 4% herab. Mit einer entsprechenden Herabsetzung — von 6% auf 5% — folgte das neue HGB. § 352 für die Kaufleute.

3. Zinsen kommen zwar vorzüglich, aber nicht allein bei **Schulden auf Geld** vor, vielmehr auch bei solchen auf andere vertretbare Sachen. Das ergibt sich für das BGB. aus dem allgemeinen Wortlaut des § 246.

4. Die Zinspflicht ist **akzessorisch**, setzt das Bestehen einer Hauptschuld voraus, (s. indes § 803). Einmal entstanden, hat sie aber im heutigen Recht — anders in Rom bei den usurae legitimae — einen selbständigen Charakter, kann für sich geltend gemacht werden und erlischt nicht mit der Tilgung der Hauptschuld, dies anders als im GR. und SächsGB. § 675. Nur die Verjährung der Hauptschuld wirkt nach der positiven Bestimmung des § 224 auch auf die Zinspflicht, und natürlich kann in der vorbehaltlosen Annahme des Kapitals sehr wohl ein stillschweigender Verzicht auf die Zinsen gefunden werden. Aber an sich ist dem keineswegs so, RG. ZS. I, 18. X. 1902, JW. 31, Beil. S. 280.

5. **Schranken:** Auch im übrigen waren die Zinsansprüche im GR. vielfach zurückgesetzt. Namentlich konnten sie im Gesamtbetrag nicht ultra alterum tantum hinauslaufen, was das BGB. durch Übergehen beseitigt hat.

Beibehalten bezw. neu eingeführt sind folgende Beschränkungen:

a) Verbot des Zinseszinses (anatocismus, § 248).

b) Kurze Verjährung der Zinsansprüche, § 197, und zwar, nach dem Vorbild des Preußischen Gesetzes von 1838, in 4 Jahren; s. auch die Bestimmung in § 223 Abs. 3.

c) Hemmung des Zinsenlaufes im Konkurse, KO. §§ 55/6.

6. **Übergangsrecht:** Die Anwendbarkeit des neuen Rechts bestimmt sich nach EG. Art. 170 (s. die Kommentare dazu), also grundsätzlich keine Einwirkung auf bestehende Schuldverhältnisse. Anders in Bayern nach ÜbergG., Art. 3, dazu Oertmann, Bayr. Privatrecht S. 179 ff. sowie Staudinger Nr. 7.

§ 247.

Ist ein höherer Zinssatz als sechs vom Hundert für das Jahr vereinbart, so kann der Schuldner nach dem Ablaufe von sechs Monaten das Kapital unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten kündigen. Das Kündigungsrecht kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Diese Vorschriften gelten nicht für Schuldverschreibungen auf den Inhaber.

E. I 358[1], E. II 211, RV. 241. — Mot. S. 196, Prot. S. 473/4, D. S. 66.

1. Wie zu § 246 bemerkt, unterliegt die **Höhe der Zinsen** grundsätzlich der freien Vereinbarung; nur weil das bei dem Mangel einer besonderen Beschränkung selbstverständlich erschien, hat man diesen in den Entwürfen enthaltenen Grundsatz im BGB. nicht ausdrücklich ausgesprochen.

Dagegen ist aus sozialpolitischen Gründen durch E. II die Bestimmung des § 247 beigefügt. Sie entspricht inhaltlich dem bisherigen, nunmehr durch EG. Art. 39 aufgehobenen Bundesgesetz vom 14. XI. 67, das aber der Landesgesetzgebung Spielraum ließ und demnach in Bayern nicht galt.

Auf **Amortisationsquoten** und **Renten** ist die Bestimmung natürlich unanwendbar, da sie eben keine Zinsen sind. Wohl aber nach der richtigen Ansicht (Planck Nr. 2 gegen Dernburg § 23 Anm. 9), wenn zwar nicht mehr als 6% Zinsen vereinbart sind, aber von einem fiktiven, die Valuta übersteigenden Kapitalbetrag.

2. Über den Begriff der **Kündigung** s. §§ 130 und 564 sowie Bem. dazu. Aus der Literatur: W. Immerwahr, Die Kündigung, 1897.

3. **Frist**: Die Kündigung ist zulässig erst nach Ablauf von 6 Monaten. Über die Berechnung der Frist s. § 188. Von wann ab die Frist laufe, ist nicht gesagt. Möglich sind drei Auffassungen, indem man die Frist beginnen läßt:

a) Entweder vom Tage der Vereinbarung. So Dernburg Pandekten II, § 30 bei Anm. 7; Staudinger (Kuhlenbeck) Nr. 4c.

b) Oder von dem Tage ab, seit dem die vereinbarten höheren Zinsen laufen Schollmeyer, Mayring bei Staudinger, Aufl. 1, Nr. 4).

c) Oder vom Tage der Hingabe der Valuta an. So meine frühere Auflage.

Der Wortlaut ist der Ansicht zu a) am ehesten günstig, und daß ihr der Zweck des Gesetzes widerspreche, läßt sich mit Kuhlenbeck nicht annehmen. Den Interessen des Gläubigers wird nicht zu nahe getreten, da ihm durch die Kündigungsfrist auf alle Fälle ein genügender Spielraum für anderweite Kapitalanlage verbleibt. Ich nehme daher meine bisherige Ansicht zu Gunsten der zu a) angeführten zurück.

§ 248.

Eine im voraus getroffene Vereinbarung, daß fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, ist nichtig.

Sparkassen, Kreditanstalten und Inhaber von Bankgeschäften können im voraus vereinbaren, daß nicht erhobene Zinsen von Einlagen als neue verzinsliche Einlagen gelten sollen. Kreditanstalten, die berechtigt sind, für den Betrag der von ihnen gewährten Darlehen verzinsliche Schuldverschreibungen auf den Inhaber auszugeben, können sich bei solchen Darlehen die Verzinsung rückständiger Zinsen im voraus versprechen lassen.

E. I 358[2], E. II 312, RV. 242. — Mot. S. 196—7, Prot. S. 475, D. S. 67.

1. Das **Verbot des Anatocismus** gehört schon in mehr oder minder scharfer Ausprägung dem bisherigen Rechte an: dem Gemeinen, dem Landrechte (I, 11, § 818), dem Code (Art. 1154) und dem Sächsischen Gesetzbuche (§ 679).

Es ist im BGB. zwar beibehalten, aber dem Vorbild der meisten dieser neueren Rechte entsprechend mit wesentlichen Milderungen gegenüber dem Römischen Recht. Nur im voraus kann der Zinseszins nicht vereinbart werden; einer Abrede dahin, daß die bereits verfallenen Zinsen als verzinsliche Schuld weiter bestehen sollen, steht nach dem BGB. nichts mehr im Wege. Und überhaupt werden dem wirtschaftlichen Bedürfnis entsprechend vom Verbote Ausnahmen getroffen durch den Abs. 2, ferner für Kaufleute durch das HGB. § 355, s. aber auch § 353.

Eine ähnliche Bestimmung für Verzugszinsen gibt § 289.

2. Wird für den Fall verspäteter Kapitalzahlung ein **Zuschlag** zu den sonstigen Zinsen vereinbart, so ist das keine unwirksame Vereinbarung von Zinseszinsen, s. Dernburg § 23 Anm. 12 mit Angaben aus der Rechtsprechung. Wohl aber ist darin sachlich eine Sonderform der Vertragsstrafe zu erblicken, die gegebenenfalls der Ermäßigung nach § 343 unterliegt.

3. Über den Begriff der **Sparkassen und Kreditanstalten** s. Staudinger Nr. 3; es fallen darunter nicht nur Anstalten im technischen Sinne, sondern alle selbständigen oder unselbständigen, gemeinnützigen wie privatwirtschaftlichen Organisationen zur Vermittlung oder Erleichterung des Kredits.

Vorbemerkung zu § 249/54.

Literatur, ältere: Fr. Mommsen, Lehre vom Interesse, 1855; Cohnfeldt, Lehre vom Interesse, 1865; Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, 1888.

Neuere: Fischer, Der Schaden, 1903; besonders zur compensatio lucri cum damno: Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, 1901 (dazu M. Rümelin, KrVJSchr. **04** 189 ff.); H. Walsmann, compensatio lucri cum damno, Dissert. Rostock 1900. Besonders zur Kausalitätslehre des bürg. Rechts: M. Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht, ArchZivPrax. **90** 171 ff. (auch besonders erschienen); L. Träger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904; auch Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden, **03** 3 ff.

1. **Die Verpflichtung zum Schadensersatz** ist entweder eine primäre, wenn sie von vornherein mit diesem Inhalt entstanden ist, oder eine sekundäre, wenn anstatt oder neben dem ursprünglichen Leistungsobjekt nunmehr Ersatz zu leisten ist. Ersteres namentlich bei den Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen (§ 823 ff.) und bei denen auf das sog. negative Vertragsinteresse (z. B. aus §§ 122, 307); letzteres im Falle einer vertretbaren Nichterfüllung oder unzureichenden Erfüllung einer Verbindlichkeit z. B. §§ 280, 283, 286, 325.

Auf alle Fälle des zu leistenden Schadensersatzes, deren vollständige Aufzählung (s. z. B. bei Landé zu § 249 Nr. 1) hier überflüssig ist, beziehen sich die allgemeinen Vorschriften der §§ 249—54. Anderes gilt nur kraft besonderer Abrede, z. B. bei Festsetzung einer Vertragsstrafe, und kraft gewisser Sondervorschriften für einzelne Fälle, z. B. §§ 557, 597, 843/5, 897, 1300.

2. **Begriff des Schadens.**

a) Schaden ist der Nachteil, der infolge eines Ereignisses eine Person oder ihr Vermögen trifft. Er kann bestehen sowohl in der Beeinträchtigung bereits vorhandener Vermögensstücke (positiver Sch., damnum emergens) wie in der Vereitelung des Hinzutritts von neuen (entgangener Gewinn, lucrum cessans, s. § 252). Dabei ist näher eine zweifache Betrachtungsweise möglich:

α) Üblich ist die Auffassung des Schadens als einer abstrakten, rechnerischen Größe; der Schaden ist gleich dem Betrage, um den die Gesamtsumme des betroffenen Vermögens infolge eines Ereignisses geringer ist, als sie ohnedies zur Zeit sein würde. Schaden ist demnach identisch mit Interesse. So Mommsen, Windscheid II § 257; am schärfsten Degenkolb in der zu § 249 zitierten Abhandlung, auch die weitaus meisten Neueren, wie Rümelin in der Besprechung von Oertmann, S. 194 ff., 197; Kisch in der von Walsmann, JWBl. XV S. 40; Fischer S. 22 ff.

β) Möglich und näher liegend ist aber die Betrachtung des Schadens als einer realen Größe (sogen. „konkreter Schaden"). Schaden ist die Einbuße selbst, welche das Rechtssubjekt in Gestalt der Entziehung oder Beschädigung eines Vermögensbestandteiles am Vermögen, oder auch in Gestalt einer Verletzung an seiner Person erlitten hat. So neuerdings Walsmann S. 10, Oertmann S. 6 ff.

Die neue Lehre will natürlich nicht diesen „konkreten" Schadensbegriff — die Bezeichnung ist, da die Schädigung keineswegs immer ein sinnlich wahrnehmbares Ergebnis zurückläßt, freilich streng genommen ungenau — als alleinigen an die Stelle des Interessebegriffes setzen; sie will vielmehr nur auf die Doppeldeutigkeit des Schadensbegriffes hindeuten und sie zur Erklärung gewisser Rechtsphänomene verwerten, z. B. der Naturalherstellung und der Vorteilsausgleichung, allerdings auch den „konkreten" Schadensbegriff als den ersten und nächstliegenden in den Vordergrund rücken.

Die Notwendigkeit dieser Lehre ergibt sich insbesondere aus drei Gründen:

α) Aus der möglichen, im BGB. sogar an die erste Stelle gerückten Form des Schadensersatzes durch Herstellung des früheren Zustandes, § 249. Denn hier wird ja gerade die entstandene „konkrete" Einzelbeschädigung beseitigt, nicht nur ein eingetretenes Weniger im Vermögen, ein „Interesse", durch Einfügung eines entsprechend großen Geldquantums ausgeglichen. Naturalherstellung ist Ersatz des konkreten Schadens, und indem das Gesetz sie an die erste Stelle rückt, erkennt es diesen als den primären an, neben dem das Interesse und sein Ersatz erst subsidiär in Betracht kommen. Wer „Schaden" einfach mit „Interesse" identifiziert, muß folgerecht mit Degenkolb (aaO. S. 1 ff.) die Naturalherstellung aus dem Bereich des Schadens(=Interesse=)ersatzes herausweisen.

β) Aus der Gestaltung der Vorteilsausgleichung (s. unten Nr. 5), die keineswegs immer die für die herrschende Lehre allein verständliche Form der Vorteilsanrechnung annimmt, sondern sich in den Fällen, wo der Schaden durch Naturalherstellung ersetzt wird, möglicherweise auch sonst, in den Formen einer realen Herausgabe des Vorteils oder in Abtretung des ihn darstellenden Anspruches vollzieht.

γ) Endlich scheitert die Interessetheorie bei allen außerökonomischen Schäden.

δ) Andererseits spricht die Berücksichtigung des entgangenen Gewinns (§ 252) nicht gegen den Begriff des konkreten Schadens (so Kisch aaO.). Allerdings ist hier kein sinnlich wahrnehmbarer Erfolg eingetreten, auch nicht, wie Walsmann meint, ein schon erworbener Vermögensbestandteil entzogen. Aber „konkret" ist der Schaden darin doch insoweit, als dem Vermögen infolge der Schädigung ein besonderes Stück fehlt, das ohne sie ihm einverleibt wäre. Die Hinderung des konkreten Gewinnes ist hier der konkrete Schaden. Daher ist denn auch beim entgangenen Gewinne der Schaden grundsätzlich durch Naturalherstellung zu ersetzen, nicht durch Interesseersatz: durch Verschaffung des besonderen Vermögensstückes, dessen Erwerb der Beschädiger bisher verhindert hat.

b) Der Schaden braucht begrifflich nicht ökonomisch zu sein; es gibt auch nichtökonomischen, sog. „moralischen" oder „idealen" Schaden, und auch er könnte und müßte nach allgemeinen Grundsätzen ersetzt werden. Das trifft denn auch in der Tat hinsichtlich des Schadensersatzes durch Herstellung zu. Aber nach § 253 ist Geldersatz in der Regel nur beim Vermögensschaden zu leisten, s. Bem. dazu.

c) **Interesse:** Bei ökonomischen Schäden besteht der abstrakte Schadensbetrag in der Differenz zwischen dem sonstigen Zustand des Vermögens und dem unter dem Einfluß des schädigenden Ereignisses nunmehr vorhandenen, dem Interesse. Dieses kann gleich sein dem Wert des vernichteten oder beschädigten Gegenstandes, wird aber oft dahinter zurückbleiben (leichte Beschädigungen), vielleicht noch öfters darüber hinaus gehen (Demolierung eines Fabrikgebäudes, sodaß der Betrieb unterbrochen wird; auch im Fall des § 252). — Hieraus folgt auch, daß, soweit die Wertschätzung eines Gegenstandes vorzunehmen ist, nicht der objektive, sondern der subjektive Wert für den Gläubiger entscheidend sein muß. So E. I § 220, der in den späteren Lesungen nur, weil selbstverständlich, gestrichen wurde.

Auf eine bestimmte Verhältnismäßigkeit zwischen dem Interesse und dem wahren Sachwert kommt gleichfalls nichts mehr an; die gemeinrechtliche Beschränkung des ersteren auf den doppelten Wert als Höchstbetrag (l. un. C. VII, 47) ist durch Nichtaufnahme beseitigt. Der Richter ist vielmehr entsprechend den Grundgedanken der ZPO. in der Feststellung des Interesses völlig frei, kann dazu auch nach § 287 dem Kläger die eidliche Schätzung seines Schadens nachlassen.

3. **Schadensersatz.** a) *Art und Weise.* Sie ergibt sich aus dem zu 1 über den Schadensbegriff Entwickelten. Das rechtspolitische Postulat ist: Beseitigung der nachteiligen Einwirkung auf den Zustand des betroffenen Vermögens (oder der Person). Das kann geschehen:

α) Durch Herstellung *desselben* oder doch eines *gleichartigen* Zustandes, wie er ohne das schädigende Ereignis bestehen würde: *Naturalherstellung*, § 249 (Ersatz des konkreten Schadens).

β) Durch Herstellung eines wenn auch nicht **gleichartigen** so doch **gleichwertigen** Vermögensstandes, wie er ohne jenes sein würde, *Geldersatz*, § 251 (Ersatz des abstrakten Schadens oder Interesses). S. überall die Einzelbemerkungen zu den genannten Paragraphen.

b) *Ersatz eigenen und fremden Schadens.* Wo Schaden zu ersetzen ist, kommt zunächst nur der eigene Schaden des Ersatzberechtigten in Betracht; davon macht auch der in §§ 844/5 anerkannte Anspruch der *mittelbar* Geschädigten keine Ausnahme.

Es fragt sich aber, ob und inwieweit in gewissen Fällen nicht auch *fremdes* Interesse in Ansatz zu bringen sei. S. über diese neuerdings vielverhandelte Frage besonders *Burkhardt*, Der Schadensersatzanspruch des Forderungsberechtigten usw., Tübinger Diss. 1901, S. 31 ff.; *Crome* S. 74, 76; *Fischer* S. 76 ff. (mit weiteren Literaturnachweisen); *Hellwig*, Verträge auf Leistung an dritte S. 82 ff. (dazu v. *Tuhr*, KrVJSchr. **43** 582 ff.); *Regelsberger*, Iherings Jahrb. **41** 251 ff. (mit trefflicher dogmengeschichtlicher Übersicht); v. *Tuhr*, Grünhuts Z. **25** 259 ff. (besonders hervorzuheben).

α) Erstlich verliert das Interesse des Beschädigten dadurch *nicht* dem Schädiger gegenüber die Eigenschaft eines *eigenen*, daß er verpflichtet gewesen wäre, den ihm gehörigen beschädigten Gegenstand *einem dritten herauszugeben*, z. B. als Verkäufer, Kommissionär. Das ist klar, soweit er für die Beschädigung seinerseits dem dritten haftet oder doch seinen Gegenanspruch gegen ihn verliert. Es trifft aber auch zu, wenn das eine oder andere nicht der Fall ist, z. B. für den Verkäufer nach der Absendung gemäß § 447. Eine Berufung des Beschädigers darauf wäre eine exceptio ex iure tertii. Sie widerspricht auch dem Wortlaut des Gesetzes, nach § 281: muß der Beschädigte seinem Gläubiger den Ersatzanspruch abtreten, den er für den die geschuldete Leistung unmöglich machenden Umstand erworben hat, so ist es klar, daß das Gesetzbuch diesen Anspruch als einen vorhandenen und nicht inhaltlosen unterstellt.

β) Auch in solchen Fällen, wo jemand weder Eigentümer des beschädigten Gegenstandes war, noch einen sonstigen Anspruch auf ihn hatte, kann ihm ein *Interesse an seiner Unversehrtheit* zustehen. So beim Vertrage auf Leistung an einen dritten, wenn der Schuldner die Leistung in vertretbarer Weise unmöglich macht. Denn soweit die Leistung an den dritten auf das Kausalverhältnis zwischen diesem und dem Versprechensempfänger einwirken würde, wird durch ihre Unmöglichkeit diese Einwirkung verhindert und damit der Promissar möglicherweise geschädigt, zumal der dritte seinerseits nicht immer bereit und verpflichtet sein wird, statt auf den ursprünglichen Schuldgegenstand auf Schadensersatz gegen den Versprechenden vorzugehen.

γ) Ein in Wahrheit eigenes Interesse liegt auch dann vor, wenn der Ersatzberechtigte wegen des eingetretenen Schadens seinerseits *einem dritten ersatzpflichtig* ist, z. B. der Bedienstete, Verwahrer, Unternehmer, der fahrlässig die ihm anvertrauten Gegenstände hat stehlen oder beschädigen lassen. Da aber sein eigenes Interesse hier nur in der Belastung mit einer Ersatzpflicht besteht, geht der ihm geschuldete Ersatz auch nur auf Beseitigung dieser Pflicht: er hat nur einen *Befreiungsanspruch* gegen den Schädiger oder, was dasselbe bedeutet, einen Anspruch auf Rückleistung der entzogenen Gegenstände an den Drittberechtigten, nicht an sich selbst. So auch *Hellwig* und *Regelsberger*. Dabei kommt möglicherweise § 254 Abs. 2 zu Gunsten einer Einschränkung dieses Ersatzanspruches in Betracht.

δ) Wie aber, wenn wirklich *nur der dritte* und *nicht* der Anspruchserheber an der unmöglich gewordenen Leistung, dem beschädigten Gute *interessiert* war? Hier lehrt v. *Tuhr* (S. 567, 568, 570):

„Wenn der Gläubiger zu einem dritten in einem Rechtsverhältnis steht, vermöge dessen das Interesse an der Leistung des Schuldners statt beim Gläubiger bei diesem dritten entstanden oder nachträglich auf den dritten übergegangen ist, so kann der Gläubiger den Schuldner zur Entschädigung des dritten anhalten."

Daneben soll möglicherweise der dritte direkt, auch ohne Abtretung, einen Ersatzanspruch haben, S. 583, ein Satz, den aber die meisten ablehnen (so besonders Fischer S. 94 ff., auch Regelsberger) und der in der Tat, schon gegenüber § 281, nicht unbedenklich ist. Daß aber das Interesse des dritten in dem von v. Tuhr behandelten Falle überhaupt liquidiert werden könne, nehmen anscheinend die meisten an (s. Burkhardt S. 42, Fischer S. 94 ff., Regelsberger S. 274 ff., beschränkter Hellwig S. 89 ff., der nur die Fälle anerkennt, in denen die Haftung für das fremde Interesse ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist). Es ergibt sich auch (so richtig Burkhardt und Fischer S. 105/7) aus § 281 cit., der weder nach Wortlaut noch Sinn auf die Fälle beschränkt ist, wo der Schuldner die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten hatte (s. auch schon l. 8 § 3 D. XVII. 1). Wenn dem nicht so ist, würde der abzutretende Ersatzanspruch in Fällen der hier besprochenen Art mangels eigenen Interesses des Abtretenden inhaltlos sein, und der Täter würde nur nach den keineswegs immer zum Ziele führenden Regeln der unerlaubten Handlungen vom dritten haftbar gemacht werden können.

Zweifelhaft ist nur, ob der Ersatzberechtigte dabei Leistung an sich oder an den dritten heischen könne. Der Ansicht v. Tuhrs (s. bes. KrVJSchr. 43 586—7), daß nur letzteres gestattet sei, sind die anderen Autoren entgegengetreten (Fischer S. 94 ff., Hellwig S. 91 Anm. 84, Regelsberger S. 280,) wie ich glaube, mit Recht. § 281 legt dem Schuldner nicht nur die Abtretung des Ersatzanspruches, sondern auch die Herausgabe des erlangten Ersatzes auf; begehrt jener also den Ersatz vom Schädiger, so tut er das zur Vorbereitung einer ihm dem Gläubiger gegenüber obliegenden Pflichterfüllung. Daß er ihr auch in anderer Weise — durch Abtretung des Ersatzanspruches — genügen konnte, geht den Schädiger offenbar nichts an. Aber andererseits: muß der Schuldner nach § 281 dem Gläubiger den vom Schädiger zu leistenden Ersatz verschaffen, so hat er auch ein Interesse daran, daß dieser dem Gläubiger ohne Weiterungen verschafft und er selbst dadurch von seiner Pflicht befreit werde. Der Schuldner hat somit m. E. ein Wahlrecht, er kann die Leistung des Ersatzes sowohl an sich als an den Gläubiger verlangen, anders als oben im Falle γ.

Über den Fall α) geht der hier besprochene dadurch weit hinaus, daß dort ein Eigentümer unterstellt wurde, der um dieser Eigenschaft willen ohne weiteres auch das Eigentümerinteresse liquidieren kann, während hier das Interesse einzig und allein durch die bestehende obligatorische Beziehung zum dritten begründet wird. Beispiel: A leiht dem B ein Buch mit der Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung an dritte. B verleiht es weiter an C, der Haftung für Zufall übernimmt. Das Buch geht bei C zufällig zu Grunde. B kann, obwohl er weder Eigentümerinteresse (α) noch Haftungsinteresse (γ) hat, Schadensersatz begehren und dadurch indirekt dem A Ersatz verschaffen, während C dem A weder aus Vertrag noch auch, mangels Verschuldens, aus unerlaubter Handlung direkt ersatzpflichtig wäre.

4. **Schadensersatzpflicht. — Kausalzusammenhang.**

Damit jemand zum Schadensersatz verpflichtet werde, ist außer dem Vorhandensein eines Schadens (Nr. 1) zweierlei erforderlich:

a) Man muß ein bestimmtes Verhalten zu vertreten haben. Was zum Gebiete dieses vertretbaren Verhaltens gehöre, ergibt sich aus zahllosen Einzelbestimmungen (s. vor allem §§ 276 ff., 823 ff.) und kann hier nicht im einzelnen festgestellt werden.

b) Das zu vertretende Verhalten muß zu dem eingetretenen Schaden in Kausalzusammenhang stehen, seine Ursache sein; genauer (s. Rümelin S. 275) die Ursache derjenigen tatsächlichen Verhältnisse, die vom Standpunkt des abwertenden menschlichen Urteils eine nachteilige Beeinflussung der Rechtslage einer Person darstellen.

Schwierigkeiten bereitet die Kausalfrage dann, wenn nicht tatsächliche Verhältnisse beeinflußt sind, sondern das Verhalten rein juristische Folgen hatte, also nur in der Welt des Abstrakten wirkte. Es dürfte aber mindestens vom praktischen Standpunkt aus gerechtfertigt sein, die Regeln des natürlichen Kausalzusammenhanges darauf bis auf weiteres entsprechend anzuwenden.

Das Problem des **Kausalzusammenhanges** ist bekanntlich eines der bestrittensten in der modernen Wissenschaft.

α) Die sog. Bedingungstheorie lehrt eine Gleichwertigkeit aller für den Ersatz unerläßlichen Bedingungen. Die Summe aller dieser ist die Gesamtursache, jede einzelne eine Teilursache des Erfolges, ohne Möglichkeit einer verschiedenen Bewertung. Ursache ist das Setzen irgend einer condicio sine qua non. Diese Theorie der Kausalität wird von Anhängern und Gegnern vielfach als die „philosophische"

bezeichnet, obwohl keineswegs alle Philosophen ihr huldigen, und besonders auf J. St. Mill (Logik I Kap. 5 § 3) zurückgeführt. Sie ist in der Praxis und wohl auch in der Theorie des Strafrechts die vorherrschende: dafür u. a. v. Buri, Über Kausalität, 1873; Finger, Lehrbuch S. 274 ff., Lammasch, Handlung und Erfolg, Grünhuts Z. 9 248; v. Liszt, Lehrbuch Aufl. 11 S. 106; Radbruch, Die Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902 (Abhandl. des Berliner kriminalistischen Seminars I, 3); auch Genzmer, Der Begriff des Wirkens, das. II, 1, 1903; nicht minder die strafrechtlichen Senate des Reichsgerichts. Aber auch im Privatrecht hatte sie, besonders für das frühere Recht, viele Anhänger, so F. Mommsen, Lehre vom Interesse, S. 137 ff., 164 ff.; Windscheid II § 258 Nr. 2; neuerdings Cosack § 90, IV, 1; Fr. Endemann, Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation, 1893, S. 7 ff.; Landsberg S. 256, v. Liszt, Deliktsobligationen S. 68 ff., Schollmeyer § 253 Anm. 4.

β) Eine zweite, unter sich erheblich abweichende Gruppe von Theorien unterscheidet zwischen Ursache und bloßen Bedingungen, von denen das Setzen der ersteren, nicht auch einer der letzteren zum Kausalzusammenhang im Rechtssinne genüge, und sucht den Gegensatz zwischen beiden aus objektiven Eigenschaften oder Intensitätsgraden zu gewinnen: Ursache ist eine nach ihrer objektiven Eigenart besonders qualifizierte Bedingung. Eine ausführliche Schilderung der einzelnen Theorien ist hier nicht angängig, auch gegenüber der ausführlichen dogmengeschichtlichen Darstellung bei Träger, S. 80 ff., unnötig. Übrigens haben die meisten nur wenig werbende Kraft bewiesen und sind heute stark zurückgedrängt. Am berühmtesten sind und verdienen daher wenigstens kurze Erwähnung die von Binding (Normen I Aufl. 2 S. 112 ff., sog. Gleichgewichtstheorie, s. darüber Träger S. 80 ff.), Kohler (Studien aus dem Strafrecht, 1, 1890, S. 83 ff.; Goltdammers Archiv 51 H. 4/5; „Ursache ist das die Existenz erregende und darum für Art und Intensität wesentlich bestimmende Element", s. dazu Träger S. 95 ff.), ferner Heß, Über Kausalzusammenhang, 1895; ArchZivPrax. 97 45 ff., der den Gegensatz ganz subjektiv als „projizierten Wunschzusammenhang" faßt und darum eigentlich in eine neue, selbständige Gruppe gehören würde (s. dazu Träger S. 148); R. Horn, Der Kausalitätsbegriff, 1893 (s. dazu Träger S. 105 ff.). Besonders aber die ziemlich einflußreich gewordene Theorie von Birkmeyer (Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht, 1885, Gerichtssaal 37 272 ff.), der die Ursache als die wirksamste, mehr als die übrigen zur Herbeiführung des Erfolges beitragende Bedingung ansieht, s. darüber und dagegen Rümelin S. 211 ff.; Träger S. 88 ff. Ähnlich wie Birkmeyer neben R. Horn (s. oben): Matthiaß S. 347 und meine Aufl. 1 Nr. 2ª. Dahin gehört wohl auch Dernburg (§ 27, II), der einfach zwischen Ursache und bloßer Veranlassung scheidet und im allgemeinen das richterliche Ermessen gemäß ZPO. § 287 maßgebend sein läßt; nicht minder Planck (§ 249 Nr. 2ᵇ), der unter Berufung auf das gesunde Rechtsgefühl der Bedingungstheorie widerstrebt, aber unter Verzicht auf grundsätzliche Formulierung auch nur auf § 287 verweist.

γ) Neuerdings ist aufgestellt die Theorie des sogen. adäquaten Zusammenhanges. Ihre Vorläufer sind v. Bar, Lehre vom Kausalzusammenhange, 1871, S. 1 ff. und Thon, Festrede über die Verursachung, 1894; jener erachtet als Ursache die Bedingung, wodurch der sonst als regelmäßig gedachte Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens ein anderer wird; dieser die Bedingung, die bereits die Wahrscheinlichkeit des künftigen Ereignisses (Erfolges) in sich schließt, s. dazu Träger S. 145 ff., 150 ff., Rümelin S. 212.

Ihre typische Ausprägung und Bezeichnung verdankt diese Theorie aber dem Physiologen J. v. Kries, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit, 1888, Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie 12 179 ff.; ihre feinere, im einzelnen nicht durchweg übereinstimmende Durchführung besonders den obengenannten bedeutenden Untersuchungen von M. Rümelin und Träger. Sie ist heute im Zivilrecht weitaus die herrschende und entfaltet eine immer größere Werbekraft; dafür u. a. ferner Crome I § 108 Nr. 1, Endemann S. 735/6 (unter Modifikation seiner früheren Ansicht), Enneccerus S. 406 (trotz grundsätzlicher Zustimmung zur Mill'schen Kausalitätslehre); Haß, Jherings Jahrb. 37 346 ff.; Isay, Gruchots Beitr. 48 211 ff.; Kuhlenbeck bei Staudinger vor § 249 Nr. 3 c/d; Litten, Haftung des Tierhalters, 1904, S. 69, 70/1; v. Leyden, Kulpakompensation S. 18; Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 79 ff.; G. Rümelin, ArchZivPrax. 88 290 ff.; Rumpf, Teilnahme an unerlaubten Handlungen, 1904, S. 28 ff., 43 ff.; derselbe in Jherings Jahrb. 49 333 ff.; Zitelmann, Grundriß S. 155, dazu die Kriminalisten Hartmann, Kausalproblem

im Strafrecht, 1900; Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, 1900, S. 54, 67 ff., 72; A. Merkel, Lehrbuch §§ 37 ff.; v. Rohland, Die Kausallehre des Strafrechts. Über die einzelnen, teilweise stark abweichenden Nuancen dieser Lehre s. die Übersichten bei Träger S. 130 ff. und bei Rumpf, Jahrb. aaO. (s. die Gruppenbildung S. 337—8). Als Gegner sind bisher aufgetreten besonders Radbruch sowie Gottschalk, mitwirkendes Verschulden S. 13 ff., skeptisch auch Fr. Leonhard, Beweislast S. 88 sowie Planck aaO. Die zivilistische Praxis folgt, soweit sie nicht unter dem Einflusse der Birkmeyer'schen oder Dernburg'schen Lehre steht, gleichfalls meist der Theorie vom adäquaten Kausalzusammenhang, so besonders RG. ZS. VI, 28. II. 02, Bd. 50 Nr. 49 S. 218, besonders 222 („adäquates Verursachen"); s. auch RG. 29 Nr. 31 S. 120 und RG. bei Seuffert 40 Nr. 95 S. 148.

Nur diejenige Bedingung soll nach dieser Lehre als Ursache gelten können, die den Erfolg nach ihrer Eigenart — in nicht ganz unerheblicher Weise — allgemein („generell") begünstigt, die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen generell erhöht (s. Träger S. 159, Rümelin S. 194, 220/1). Nicht genau ist es, nur die Bedingung als adäquat zum Erfolge zu erachten, die ihn bei einem „typischen" oder „als normal zu unterstellenden" Verlauf der Dinge herbeizuführen geeignet ist. Wo das zutrifft, wird zwar wohl ausnahmslos adäquate Verursachung vorliegen; aber diese ist nicht — gerade darin liegt ein Hauptfortschritt der neuen Lehre gegenüber ihren Vorläufern — darauf beschränkt (s. besonders Träger S. 161).

Die Vertreter der neuen Lehre gehen meist (so Enneccerus, Rümelin, Träger) von der theoretischen Richtigkeit der Bedingungstheorie aus, verwerfen sie aber für die Rechtsanwendung aus vorwiegend rechtspolitischen Gründen, daneben auch, für das Gebiet des geltenden Privatrechts, unter Berufung auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

d) Der Lehre von der adäquaten Kausalität wird man in der Tat aus beiderlei Gesichtspunkten zustimmen müssen:

αα) Die Bedingungstheorie führt ins Bodenlose und zu Ergebnissen, die für die Praxis von vornherein indiskutabel sind. Im Strafrecht konnten sich diese Ergebnisse verhüllen, weil der „inadäquat" Verursachende mangels Verschuldens in der Regel dennoch frei ausging; das Sicherheitsventil des subjektiven Momentes hinderte die aus der verfehlten Erfassung des objektiven übrigens drohende Katastrophe. Aber im bürgerlichen Recht gibt es verschiedene Fälle einer mehr oder minder rein objektiven, schuldlosen Haftung, vorzüglich beim „unerlaubten" Verhalten; sie nach der Bedingungstheorie befriedigend zu beurteilen ist eine bare Unmöglichkeit. Umgekehrt müßte die Bedingungstheorie bei der Vorteilsausgleichung (unten Nr. 5) den Interessen des Beschädigten zu nahe treten, indem sie zur Anrechnung aller zum schädigenden Ereignis im bloßen Bedingungsverhältnis stehenden Vorteile führte, z. B. sämtlicher Versicherungsgelder, Renten und Pensionen. S. auch die zutreffenden Erwägungen des OLG. Hamburg bei Seuffert 60 Nr. 54 S. 102: unmöglich könne jemand alle „tatsächlichen Folgen" seines Tuns zu vertreten haben, wenn sie nur „anomale, außerhalb der gewöhnlichen Lebenserfahrung liegende Fernwirkungen" seien. Die Bedingungstheorie widerspricht, wie Dernburg aaO. sagt, „der praktischen Vernunft, den Anforderungen des Lebens und der Praxis". Der fast einmütige Widerstand der älteren und neueren Rechtsprechung, die sich lieber unter den vielfach dürftigsten Scheingründen verschanzte, ehe sie sich der Bedingungstheorie praktisch verschrieb, ist ein gerade wegen der von theoretischen Voreingenommenheiten freien grundsätzlichen Unsicherheit des Standpunktes bedeutsames Moment gegen jene.

ββ) Dem entspricht auch der Standpunkt des positiven Rechts, sowohl des Römischen (s. besonders l. 52 pr. D. IX 2, die den Verwunder eines Sklaven nicht haften läßt, wenn der Tod „medici inscientia aut domini neglegentia" eingetreten, also durch die ursprüngliche Verwundung nicht adäquat verursacht war — während v. Liszt S. 79 sogar den leichten Verwunder wegen Tötung verantwortlich macht, wenn der Verwundete durch Anwendung einer mit Leichengift infizierten Sonde seitens des behandelnden Arztes stirbt!), wie des Bürgerlichen. Denn dieses stellt bei mitwirkendem Verschulden des Verletzten auf das vorwiegende Verursachen ab, § 254, stuft also unter den mehreren Bedingungen des Gesetzes im Sinne der Verantwortlichkeit ab. Und wenn es in einigen besonderen Fällen (so §§ 287, 848) anscheinend für alle auch inadäquaten Folgen eines Verhaltens Haftung anordnet, so hätte das keinen Sinn, wenn das Gesetz darin nur Anwendungen der allgemeinen Regel sähe (s. dazu Rümelin S. 104).

77) Andererseits enthält unser Ursachenbegriff auch nicht, wie man ihm vorwirft, eine Verquickung von Verursachen und Verschulden. Dieser Vorwurf mag allerdings gegen die ursprüngliche Lehre von v. Kries zutreffen, da bei ihm die Verursachung eine „subjektiv adäquate" sein muß, s. den Nachweis bei Träger S. 130 ff. Nicht aber auch gegen die von Rümelin und Träger verbesserte Theorie der objektiv adäquaten Verursachung, wonach die subjektive Voraussehbarkeit der Folgen von ihrer objektiven Adäquatheit dem Verhalten gegenüber scharf geschieden wird. Nur insofern kann auf das subjektive Moment auch bei Feststellung der Verursachung Rücksicht genommen werden, als sie angenommen werden darf und muß, wenn jemand auf Grund eines überdurchschnittlichen Wissens oder Könnens erkannt hat, daß sein Verhalten zur Herbeiführung des Erfolges generell geeignet war (so außer Kries auch Liepmann, Rümelin, Träger S. 161).

Davon abgesehen kommt es bei Feststellung der adäquaten Verursachung nicht auf die individuellen Kenntnisse des Verursachenden an, sondern auf das „gesamte Erfahrungswissen der Menschheit". Außer Acht gelassen wird nur das der menschlichen Einsicht allgemein Unzugängliche. So übereinstimmend Rümelin, Träger, Litten, Liepmann.

Zweifelhaft ist nur, ob allein in Rücksicht gezogen wird das zur Zeit des als Ursache festzustellenden Verhaltens feststehende menschheitliche Erfahrungswissen, so besonders Träger § 24, oder auch die ex post, nach dem späteren Verlauf, als adäquat erkennbar gewordenen Bedingungen. So besonders Rümelin S. 189, 217: Theorie der objektiv nachträglichen Prognose; dagegen Träger S. 137, 140 ff. und jetzt auch Rumpf, Jahrb. S. 373 ff.; dafür, wennschon nicht ohne Bedenken, Litten S. 67 ff. Diese Theorie steht der Bedingungstheorie unter allen Spielarten der Lehre von der adäquaten Kausalität am nächsten, unterscheidet sich aber besonders dadurch von ihr, daß sie in die Wahrscheinlichkeitsrechnung nicht auch die erst später sich ergebenden, hinzutretenden, sondern nur die vorhandenen und erst später erkennbar gewordenen Bedingungen einbezieht.

Die Entscheidung zwischen beiden Auffassungen ist sehr schwierig und zweifelhaft. Vielleicht muß man scheiden zwischen den konkreten Einzelbedingungen und ihren allgemeinen Wertungsmaßstäben. Für letztere scheint die Rümelin'sche Lehre am meisten für sich zu haben. Wer über die Frage der Kausalität entscheidet, kann doch nicht wohl einen anderen wissenschaftlichen, technischen oder sonstigen allgemeinen Standpunkt als den seiner Zeit zu Grunde legen; sonst müßte z. B. bei Beurteilung eines geschichtlichen Ereignisses der Kausalzusammenhang wegen des früher etwa vorhandenen geringeren menschheitlichen Erfahrungswissens anders, enger begrenzt werden, als wenn ganz dieselbe Handlung in der erfahrungsreicheren Gegenwart vollzogen wäre. Wer z. B. zur Zeit des ersten Auftretens der Syphilis seine Geliebte infiziert hat, könnte auch heute noch nicht als damaliger Verursacher der Erkrankung seines Opfers bezeichnet werden, weil damals die Ansteckungsgefahr dem Erfahrungswissen der Menschheit noch nicht angehörte. Dann wäre der Kausalzusammenhang selbst eine historisch variable Kategorie, während das doch nur in Bezug auf seine Beurteilungsmöglichkeit zugestanden werden kann. Überhaupt hieße es den Urteilenden etwas Seltsames, für seinen vorgeschrittenen Wissenszustand vielfach moralisch Unmögliches zumuten, die Beurteilung eines früheren Ereignisses auf den Maßstab menschheitlicher Erkenntnis aus der damaligen, vielleicht längst überholten Zeit zurückzuschrauben.

Anders für die Beurteilung konkreter Einzelmomente. In sie die zur Zeit des zu beurteilenden Vorganges objektiv — für den Idealmenschen, oder wie Rumpf will, den als zuschauenden Beurteiler gedachten Richter (S. 382—3) — unerkennbaren Momente um deswillen einzubeziehen, weil sie ex post erkennbar geworden sind (z. B. die anormale Körperbeschaffenheit des Verletzten), scheint mir mit Träger und Rumpf (s. bes. S. 376 ff.) als bedenklich; es fälscht leicht die Wertung des Vorganges und dehnt den Kausalzusammenhang vielfach allzuweit aus, was besonders in den Fällen reiner Kausalhaftung (§ 833!) unbefriedigend wirken kann. Es hieße die Folgen anormaler Beschaffenheit von Personen und Gütern auf andere abwälzbar erklären, wenn man um ihretwillen adäquaten Zusammenhang auch da annähme, wo jene zur Zeit des die Schädigung bedingenden Vorganges dem Beobachter gar nicht erkennbar war.

c) Das Gesagte bedarf noch in mehrfacher Weise einer näheren Erläuterung:

α) Unnötig ist es für den Begriff des Kausalzusammenhanges, daß der Täter **unmittelbar** den Schaden verursachte, das heißt gerade mittels der durch sein

körperliches Verhalten hervorgerufenen Bewegungsreihe, z. B. Zerbrechen einer Sache, Anschießen eines Menschen. Es genügt vielmehr eine **mittelbare, indirekte** Verursachung, das Setzen einer Bedingung, die nicht selbst den Erfolg hervorruft, sondern nur eine weitere, den Schaden unmittelbar mit sich bringende Bedingung auslöst. Beisp.: Der Verwahrer, der durch ungenügende Veranstaltungen den Diebstahl der verwahrten Sache ermöglicht; der Bankier, der einen schlechten Rat erteilt; der Spediteur, der durch vertragswidrige Versendung die Situation schafft, in der das Speditionsgut beschädigt wird; der Giftmischer, der in die Zuckerdose ein Arsenikstück hineinlegt; der Anstifter.

Ihr Tun erscheint als kausal, soweit es den obigen Anforderungen entspricht (oben b), womit nicht ausgeschlossen ist, daß daneben auch der Setzer der näheren Bedingung als unmittelbarer Verursacher kausal sein kann (s. unten β). Das wird, soviel ich sehe, nirgends ernstlich bestritten, s. u. A. RG. ZS. VI, 29, Nr. 31, S. 120, RG. ZS. VI, 3. III. 1892, JW. **92** 186, und besonders RG. ZS. VI, 25. IX. 1902, bei Gruchot **47** 111: kausal ist das Setzen einer Situation, die einem anderen ein bestimmtes Verhalten, Eingreifen zur sittlichen Pflicht oder doch zu einem verkehrsüblichen Abwehrmittel macht, wenn er bei diesem Verhalten geschädigt wird (RG. 29 cit.). Ähnliche Gedankengänge auch in den Erkenntnissen des ZS. VI, 5. V. 1904, bei Gruchot **48** 871, und desselben Senats, 20. II. 1902, DJZ. 1902 Nr. 41, S. 215. Für das Bürgerliche Recht ergibt sich die Berücksichtigung der indirekten Kausalität auch aus § 255, in dem für gewisse Fälle eine Haftung des mittelbaren Verursachers gegen Abtretung der dem Beschädigten gegen den unmittelbaren zustehenden Ersatzansprüche unterstellt bezw. angeordnet wird.

β) Ebensowenig erfordert der adäquate Kausalzusammenhang, daß das Verhalten den eingetretenen Erfolg als wahrscheinliche oder normale Folge mit sich brachte, s. schon oben b γ. Schießt X auf ein Wild und trifft infolge eines ganz unwahrscheinlichen Abirrens oder Zurückprallens der Kugel den ziemlich weitentfernten, bei normalem Kugellauf gar nicht gefährdeten Y, so hat er zweifellos dessen Verletzung verursacht (nicht notwendig auch verschuldet). Nicht minder hat der Verwunder eines Menschen dessen Tod verursacht, wenn der Verletzte in Wundfieber stirbt, obwohl ein solcher Ausgang keineswegs als „normal" bezeichnet werden kann, Träger S. 162. Denn immerhin hat das Verhalten in derartigen Fällen nach seiner Eigenart die objektive Möglichkeit des dadurch bedingten Erfolges in berechenbarer Weise erhöht. Daß durch das Abfeuern eines Schusses alle in der Schußweite befindlichen Personen generell gefährdet werden, durch die Verwundung der Verletzte den Gefahren des Wundfiebers preisgegeben wird, läßt den Erfolg, wenn er eintritt, selbst dann als adäquat, dem Verhalten entsprechend, erscheinen, wenn sein Eintritt nicht von vornherein als Folge des Tuns „mit Wahrscheinlichkeit erweckt werden konnte."

γ) Ebensowenig braucht die als Ursache zu bezeichnende Bedingung den Schaden **allein** herbeigeführt zu haben: es ist sehr wohl möglich, daß zwei oder mehrere Bedingungen als die den Erfolg generell begünstigenden und daher jede als Ursache anzusehen sind.

αα) Sie haben durch Zusammenwirken den Erfolg herbeigeführt. Entweder durch paralleles, gleichartiges Mitwirken (Mittäterschaft im engsten Sinne, z. B. zwei Diebe plündern einen Obstbaum), oder durch ungleichartiges Mitwirken: so steht neben der mittelbaren in allen oder doch nahezu allen Fällen eine gleichfalls mit diesem Namen zu bezeichnende unmittelbare Ursache.

ββ) Jeder hat den Erfolg unabhängig vom andern verursacht, und zwar so, daß er auch ohne das Tun des andern voll eingetreten wäre: konkurrierende oder kumulative Kausalität. So, wenn zwei Wilderer unabhängig voneinander auf einen Förster schießen und ihn jeder tödlich verwunden; so auch in dem lehrreichen Fall bei Ihering, Zivilrechtsfälle, Aufl. 10, Nr. 74; s. auch Enneccerus S. 404, Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 127, Siehr bei Gruchot 41, S. 54 ff. Der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des einen und dem Erfolge ist hier keineswegs durch das selbständige Eingreifen des anderen beseitigt, es sei denn, daß dieses den Erfolg nachweislich vor jenem Verhalten herbeigeführt hat.

γγ) Nicht zu verwechseln damit ist der Fall der alternativen Kausalität: X oder Y hat den Z erschossen, bestohlen, man weiß aber nicht wer. Hier liegt zwar zwischen dem Tun und dem Erfolg Kausalzusammenhang vor, da man aber den Täter nicht kennt, kann auf jenen keine Rücksicht genommen werden. Eine teilweise Ausnahme davon macht § 830 Abs. 2, s. Bem. dazu, ähnlich auch II. 11 § 2,51 § 1 D. IX, 2.

ββ) Besondere Beurteilung beansprucht nicht minder der Fall, daß das in Frage stehende Verhalten den Erfolg zwar sicher oder nach dem zu unterstellenden Verlauf der Dinge herbeigeführt haben würde, aber durch einen anderen Umstand, der ihn seinerseits vorher herbeiführt, in der Entfaltung seiner Wirksamkeit gehemmt wird. Hier kann man von einer unterbrochenen Kausalität reden; z. B. ich verwunde ein Tier tödlich, aber vor Eintritt des Todes brennt der Stall, in dem es sich befindet, ab. S. dazu l. 11 § 3, 15 § 1 D. IX, 2; Windscheid § 258 Anm. 15; Träger S. 263 ff. Alsdann kann der Täter nur als Verursacher des vor der Unterbrechung bereits eingetretenen Teilerfolges, im Beispiel: der Verwundung, angesehen werden. Vorausgesetzt natürlich, daß der zweite, „unterbrechende" Umstand unabhängig vom ersten eintrat; war es selbst eine adäquate Folge des ersteren, so behält dieser die Bedeutung einer mittelbaren Ursache, z. B. X verwundet den Y in einer von ärztlicher Hilfe weit entlegenen Gegend, und Y verliert infolge der notwendig gewordenen Zuziehung eines quacksalbernden Dorfbaders ein Glied (anders natürlich, wenn Y aus Aberglauben statt des erreichbaren Arztes den Quacksalber aufgesucht hätte).

War aber der Erfolg, und damit eventuell die Ersatzpflicht, infolge des ersten Umstandes bereits eingetreten, so wird diese dadurch nicht wieder beseitigt, daß hinterher ein zweiter Umstand eintritt, der seinerseits den Erfolg sonst herbeigeführt haben würde, z. B. das Haus brennt unmittelbar nach einem vollendeten Diebstahl völlig aus. Hier liegt die Sache umgekehrt wie oben: nicht der zweite Umstand hat den ersten, sondern der erste hat den zweiten gehindert, kausal zu werden. Wieweit damit die positive Regelung des § 287 übereinstimme, ist freilich zweifelhaft und unten zu prüfen. Dagegen dürfte das Gesagte nicht, wie einige meinen, eine Ausnahme im Falle der Ersatzleistung durch Naturalherstellung erleiden, s. Bem. 3a zu § 249.

Ob die zweite Kausalreihe schon lief, als die erste den Erfolg herbeiführte (z. B. ob das Feuer zur Zeit des Diebstahls schon ausgebrochen war), dürfte schwerlich einen Unterschied begründen. Allerdings möchte es bei oberflächlicher Betrachtung scheinen, der Täter könne sich alsdann auf compensatio lucri cum damno berufen, da er durch sein Tun die schädliche Wirkung der zweiten, laufenden Kausalreihe ausgeschlossen habe. Aber das schließt den vorhandenen Kausalzusammenhang zwischen dem ersten Verhalten und dem Erfolge nicht aus und kann dem dafür Verantwortlichen folgerecht jedenfalls dann nichts nützen, wenn der durch ihn verhinderte zweite Erfolg dem Betroffenen ökonomisch minder nachteilig gewesen wäre, z. B. wegen der Schadensersatzpflicht eines dritten Täters oder einer bestehenden Versicherung.

Anders anscheinend Windscheid § 258 Anm. 15 litt. c. Aber das von ihm gebrachte Beispiel liegt besonders: lädt der Frachtschiffer die Ware vertragswidrig auf das Schiff b statt auf das Schiff a, und beide Schiffe gehen gleichzeitig unter (l. 10 § 1 D. XIV, 2), so hat gerade dasselbe Tun, das die eine Gefahr hervorrief, die Ware der anderen zugleich entzogen. Bei der Schadensberechnung ist das Verhalten des Haftenden in seiner Gesamtheit zu beurteilen, und dann ergibt sich für den zu ersetzenden Schaden die Größe 0, weil die tatsächlich eingetretene Schadenssumme (+a) durch Hinderung desselben Schadens (—a) genau ausgeglichen wird. Es handelt sich um einen mit der compensatio lucri verwandten Gesichtspunkt. Dagegen in den vorher behandelten Fällen entwickelt der Täter nicht eine teils antreibende, teils abhaltende Doppeltätigkeit, sondern eine dem schädlichen Erfolg lediglich förderliche. S. auch Träger S. 264/5, Oertmann, Vorteilsausgleichung, S. 220 ff.

d) Kausalität der Unterlassung.

Ob ein Unterlassen als solches Ursache eines Erfolges sein könne, war in der straf- und zivilrechtlichen Lehre von jeher stark bestritten, s. die Angaben in den Lehrbüchern und Kommentaren des RStrGB., z. B. bei Finger S. 285, ferner Liepmann, Einführung in das Strafrecht, S. 77 ff., sowie, auch für das bürgerliche Recht bedeutsam, Landsberg, Die Kommissivdelikte durch Unterlassung, 1890; dann Rümelin S. 319 ff., Träger S. 61 ff.; auch Pernice, Sachbeschädigungen, S. 169, Windscheid § 455 Anm. 9, Zitelmann, Irrtum, S. 61 ff., Grundriß S. 162.

Die Frage kann und braucht hier nicht ausführlich behandelt zu werden. Denn das ist sicher, daß das Recht, insbesondere auch das BGB., die Unterlassungen in ihren Rechtsfolgen in weiten Umfange den positiven Handlungen gleichstellt, insbesondere daraus eine Ersatzpflicht entspringen läßt, so besonders aus dem Verzug in der geschuldeten Leistung, § 286. Nicht minder kann eine Unterlassung des Beschädigten den ihm ohnedies zu Teil werdenden Ersatzanspruch hindern oder einschränken, § 254 Abs. 2.

Die Unterlassung ist soweit im Sinne des Privatrechts keinenfalls etwas Gleichgültiges. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob sie in strengem Sinne als Ursache eines eingetretenen Erfolges angesehen werden darf — so viele in den verschiedensten Begründungen, besonders entschieden Landsberg S. 92ff. (auch ein Nichts kann verursachen; dagegen Träger aaO.). Oder ob sie nur in einem anderen, erweiterten Sinn als kausal gelten könne, so Zitelmann, Grundriß, S. 162, Rümelin aaO. S. 320; oder gar, obschon nicht kausal, den verursachenden Handlungen von der Rechtsordnung nur als gleichwertig an die Seite gestellt werde, so Träger S. 61ff., 72. Nach der letzten Lehre, die sehr gute Gründe für sich haben dürfte, ist die Frage nicht so zu stellen: hat das (negative) Verhalten den Erfolg verursacht?, sondern so: hätte ein positives Tun des Unterlassenden seinen Eintritt verhindert? Zu dem verursachenden träte danach das nichthindernde Verhalten als ein zweiter möglicher Grund von Schadensersatzpflichten hinzu.

Desto wichtiger und schwieriger ist die andere Frage: wann ist die Unterlassung als kausal oder, im Sinne Trägers, dem kausalen Tun gleichwertig, als relevant zu erachten? Natürlich nicht schon deshalb, weil bei Wegdenken der Unterlassung der Erfolg ausgeblieben wäre. Denn erscheint nicht einmal das Setzen einer positiven condicio sine qua non immer als Ursache im Rechtssinn, so natürlich noch viel weniger das Nichtsetzen einer beliebigen negativen. Es wird vielmehr zum mindesten auch hier ein adäquater Zusammenhang zwischen Verhalten und Erfolg zu erfordern sein: Die Situation muß so liegen, daß das Unterlassen den Eintritt des Erfolges generell begünstigt hat, anders formuliert, daß ein Tun des Unterlassenden notwendig gewesen wäre, um den Erfolg nach dem als normal zu unterstellenden Verlauf der Dinge auszuschließen.

Aber auch das genügt noch nicht. Es ist nach der Anschauung des Lebens wie der Rechtsordnung keineswegs allgemein gleichwertig, ob man eine Erfolgsbedingung positiv selbst setzt oder nur in das Walten der anderweit gesetzten nicht hindernd eingreift. Man erklärt die Unterlassung gemeinhin nur dann für relevant, wenn dabei eine Tätigkeitspflicht verletzt war, wobei meist nicht unterschieden wird, ob eine sonstige Unterlassung überhaupt nicht kausal sein oder nur trotz Kausalität für den Erfolg nicht rechtlich beachtet werden solle.

Gewertet wird die Unterlassung danach insbesondere:

α) Wo eine allgemeine Rechtspflicht zum Handeln als solchem bestand, einerlei, ob durch Straf-, Privat- oder Verwaltungsrecht auferlegt. Das trifft besonders bei vielen Schutzgesetzen im Sinne des § 823 Abs. 2 zu.

β) Wo dem Unterlassenden durch besondere Rechtstitel, etwa durch ein bestehendes Schuldverhältnis, die Tätigkeitspflicht auferlegt war.

γ) Möglicherweise muß man weitergehen und das Unterlassen auch da für beachtbar erklären, wo jemand ohne Übernahme einer formaljuristischen Pflicht doch eine positive Tätigkeit tatsächlich versprochen oder fest in Aussicht gestellt hatte, sodaß auf sein Eingreifen zur Abwendung des Erfolges infolge seines eigenen Benehmens bestimmt gerechnet werden durfte. So wenn X den Y zum Baden bei starker Strömung beredet, „da er ihn nötigenfalls schon retten werde", und das dennoch unterläßt. „Eine rechtlich begründete Erwartung des Tuns" (Rümelin S. 338) liegt doch alsdann wohl sicherlich vor.

Ob man noch weitergehen und das Bestehen jeder sittlichen, nicht besonders übernommenen Pflicht genügen lassen darf, um die Unterlassung zu werten, ist problematisch und nach dem geltenden Recht kaum zu bejahen (z. B. jemand unterläßt es, dem ins Wasser Gefallenen die rettende Hand zu reichen, den glimmenden Funken auf dem Teppich seines Freundes durch Austreten oder Aufgießen von Wasser zu löschen).

Sicher scheint es, daß das Unterlassen des Beschädigten im Sinne des § 254 Abs. 2 zur Ausschließung seines Ersatzanspruches auch dann berücksichtigt werden kann, wenn es nicht gerade gegen eine Rechtspflicht verstößt, so Rümelin S. 332.

Andererseits wird das Bestehen einer Rechtspflicht zum Handeln nicht unter allen Umständen ausreichen, um das Unterlassen relevant zu gestalten, s. Rümelin S. 321 ff. Hier bedarf es noch weiterer Untersuchung.

Eine Einschränkung der relevanten Unterlassungen auf den Bereich der „schuldhaften" — so Endemann, treffend dagegen Rümelin S. 340 — erscheint nicht begründet. Es fehlt an jedem Grunde, in den Fällen, wo auch ein schuldloses Tun verantwortlich machen würde, das schuldlose übrigens dazu geeignete Unterlassen anders zu behandeln. So haftet z. B. der Gattungsschuldner gemäß §§ 286, 279 BGB. zweifellos

auch für die unverschuldeten Verzugsfolgen. Beispiele von Haftungen für Unterlassungen außerhalb bestehender Schuldverhältnisse bieten u. A.: RG. Bd. 52 Nr. 98 S. 376; Bd. 54 S. 53 ff.; Bd. 58 Nr. 85 S. 334, ferner Seufferts Archiv Bd. 55 Nr. 202 S. 400 (OLG. Celle 26. X. 1899, wo freilich Kausalität und Schuldhaftigkeit der Unterlassung völlig vermengt werden); Bd. 59 S. 367, s. auch Rudorff, Entsch. des RG., I, S. 294.

5. **Vorteilsausgleichung**, compensatio lucri cum damno (s. die Eingangs zitierten Schriften von Oertmann und Walsmann, ferner Rappaport, Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis, 1904, S. 188 ff.; Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung, 1905, S. 131 ff., anders neuestens Stintzing, Findet Vorteilsanrechnung beim Schadensersatzanspruch statt?, 1905).

Der Schadensersatz soll seiner Zweckbestimmung nach nicht zur Bereicherung des Ersatzberechtigten führen. Es muß daher in Rücksicht gezogen werden der etwaige Vorteil, der dem Verletzten infolge des die Ersatzpflicht begründenden Umstandes erwachsen ist. Das ist klar beim Interesseersatz in Geld: denn da die Vermögensminderung, das Interesse, um den Betrag des zugleich erlangten Vorteils natürlich entsprechend geringer ausgefallen ist, muß dieser auch als Faktor bei der Berechnung mit verwertet werden. Doch muß man sinngemäß eine Berücksichtigung des Vorteils auch da eintreten lassen, wo der Schaden durch Naturalherstellung ersetzt wird, § 249 — nur hier natürlich nicht durch Anrechnung, sondern durch reale Herausgabe des Vorteils oder Abtretung des Anspruches, in dem er etwa bestehen sollte. Es ist daher zu eng, nur an den gemeinhin allein beachteten Fall der Vorteilsanrechnung zu denken; der alle Fälle umfassende Ausdruck ist vielmehr Vorteilsausgleichung, zumal auch beim Geldersatz dem Gläubiger das Recht gegeben werden muß, der Anrechnung durch reale Herausgabe des (nicht in Geld bestehenden) Vorteils an den Schuldner zu entgehen (Oertmann S. 238 ff.). Eine wahre Aufrechnung liegt auch in dem Normalfall der Vorteilsanrechnung nicht vor. Der Beschädiger hat in keinem Fall einen selbständigen Anspruch auf den dem Beschädigten zugeflossenen Vorteil, kann vielmehr nur, wenn er auf Ersatz belangt wird, Berücksichtigung des Vorteils fordern. Damit erledigt sich auch der seltsame Einwurf Stintzings S. 17, nach dem der doch nicht aus dem Vermögen des Schädigers stammende Vorteil von der herrschenden Lehre „wie ein Vermögensstück desselben angesehen“ werde.

Die Vorteilsausgleichung wird grundsätzlich sowohl von den römischen Quellen (s. z. B. l. 10 (11) D. III, 5, l. 23 § 1 D. XVII, 2, andere Stellen bei Oertmann aaO.) wie von der gesamten gemeinrechtlichen Theorie und Praxis (s. z. B. ROHG. 22 Nr. 42 S. 82, RG. 10 Nr. 13 S. 50 und 15 Nr. 16 S. 73) grundsätzlich, mit Abweichungen nur in Einzelfragen, anerkannt; sie ist jetzt auch Gemeingut der Literatur — ausgenommen nur Stintzing aaO. und Scherer zu § 252 Nr. 3, nicht mehr Kuhlenbeck, s. zwar einerseits zu § 252 Nr. 3, aber andererseits jetzt die Bemerkung bei Staudinger vor § 249 Nr. 4 — und Praxis des neuen Rechts, so besonders RG. ZS. V am 14. III. 1903, Bd. 54 Nr. 41 S. 140, ZS. II am 29. IV. 1904, Seuffert Bd. 60 Nr. 35 S. 64, ZS. V am 22. II. 1905, das. Bd. 60 Nr. 117 S. 220 (dies eine nicht unbedenkliche, der bisherigen Praxis in Bezug auf den in Frage stehenden Sonderfall nicht entsprechende Entscheidung, s. dazu auch Oertmann S. 98 ff.).

Zweifelhaft und schwierig ist nur die Abgrenzung im einzelnen. Allerdings läßt die übliche Formulierung die comp. lucri nur bei Einheit des zugleich schädigenden und nützenden Ereignisses eintreten (z. B. Niederhauen eines fremden Baumes; Überanstrengung eines Rennpferdes durch einen Jockey, wodurch das Pferd zu Tode kommt, aber zugleich dem Herrn ein Preis gewonnen wird). Aber das ist zu eng und vergißt, daß auch der nur mittelbar, aber adäquat verursachte Schaden zu ersetzen ist (s. oben Nr. 4 c α), es beim Vorteil also entsprechend gehalten werden muß. Alle aus einem vertretbaren Verhalten des Ersatzpflichtigen unmittelbar oder mittelbar sich ergebenden adäquaten Folgen sind wie zum Nachteil so auch zum Vorteil desselben in Rücksicht zu ziehen; nicht Identität des unmittelbar schädigenden und nützlichen, sondern nur solche des die Verantwortlichkeit herbeiführenden („zu vertretenden“) Verhaltens als gemeinsame Ursache von Nachteil und Vorteil wird gefordert. S. über die verschiedenen Arten der Kausalverknüpfung zwischen diesen beiden Oertmann S. 63 ff.

Daher kann der Spediteur, der vertragswidrig Waren auf dem billigeren Seeweg befördern ließ und nun für ihren Verlust haftet, die Mehrkosten des Landtransportes als dem Versender dadurch ersparte Aufwendungen in Anrechnung bringen, so mit Recht LG. Hamburg 26. X. 85 in HanseatGerZtg. 1885, Hauptbl. Nr. 109.

Nur solche Vorteile sind außer Ansatz zu bringen, für deren Entstehung das schädigende Ereignis nicht die eigentliche Ursache, sondern nur eine mehr oder minder entfernte Bedingung bildete. Das gilt nach der fast allgemeinen, zutreffenden Praxis besonders von den dem Verletzten oder den Erben des Getöteten zufließenden Renten und Versicherungsgeldern, wo freilich nur juristische Kausalität in Frage steht. Näheres bei Oertmann, S. 111 ff., s. auch unten Bem. zu § 843. Dagegen sind nach der richtigen, freilich stark bestrittenen Ansicht auf die dem Enteigneten gebührende Entschädigungssumme die Beträge solcher besonderer Vorteile anzurechnen, die seinem Restgrundstück durch das Unternehmen erwachsen, s. Oertmann S. 153 ff.

Über die Arten der in Ansatz zu bringenden Vorteile s. Oertmann S. 203 ff.

Nicht zur Vorteilsausgleichung gehört die in § 255 ausgesprochene Abtretungspflicht, s. Oertmann S. 241, 274 ff.: es steht dort nicht ein dem Nachteil gegenüber grundsätzlich selbständiger Vorteil in Frage, vielmehr ist der abzutretende Anspruch nur ein in Eigenart und Umfang durch das beschädigte Rechtsgut bestimmtes Surrogat desselben.

6. Welcher **Zeitpunkt** ist bei der Ausmittelung des zu ersetzenden Schadens zu Grunde zu legen? Das BGB. enthält nichts darüber; man wird aber aus dem Prinzip der vollen Interessevergütung die der bisherigen Doktrin entsprechende Folgerung ziehen dürfen, daß es entscheidend auf die Zeit des zu fällenden Urteils ankomme, s. Näheres bei Windscheid II § 258 Nr. 5–8, Mommsen, Interesse, S. 217–231. Jedoch muß dabei, da Schadensersatz Interesse- und nicht bloß Werterſatz sein soll, unter Umständen auch auf einen früheren Zeitpunkt Rücksicht genommen werden, wenn z. B. die beschädigte Sache zur Zeit der Beschädigung oder auch in der Zwischenzeit zwischen dieser und der des Urteils einen höheren Wert hatte und angenommen werden kann, der Kläger würde diesen Wert haben realisieren können: durch Verkauf usw. (so namentlich beim Verzug, s. unten § 286). S. auch Rümelin S. 255. Die Frage gehört im Grunde in die Lehre von entgangenem Gewinn, § 252.

Andrerseits wird auch noch nach dem ersten Urteil eine Nachforderung möglich sein, wenn sich nachher ein größerer Umfang des Schadens herausstellt, als damals übersehbar war. Dies ist für die besonders wichtigen Fälle, wo der Ersatz in Rentenform zu leisten ist, ausdrücklich anerkannt durch § 323 ZPO. (s. auch Bem. zu § 843), wird aber auch für andere Fälle anzunehmen sein. Ebenso ist zulässig, daß der Kläger zunächst nur einen Teil seines gesamten Schadens einklagt und erst später den Rest, sofern es sich dabei um wirklich andere, möglicherweise schon im ersten Prozeß neben den eingeklagten geltend zu machende Nachteile handelt, nicht nur um neue Berechnung der damals festgesetzten. S. das instruktive Erkenntnis des RG. bei Seuffert 52 Nr. 4 S. 5 (jemand hatte zuerst nur den positiven Schaden eingeklagt und macht nachher auch einen entgangenen Gewinn geltend). Nicht einmal ein besonderer Vorbehalt wird dazu nötig sein.

7. **Schadensersatzpflicht und Bereicherung.** Eine interessante, noch wenig behandelte Frage ist die, ob nicht der grundsätzlich zum Schadensersatz Verpflichtete als Mindestbetrag alles das herauszugeben hat, um was sein eigenes Vermögen infolge des von ihm zu vertretenden Verhaltens vergrößert ist, auch wenn es vom Standpunkt des Verletzten aus nicht unter den ihm nach § 252 zu erstattenden entgangenen Gewinn fallen würde. Dafür besonders Kohler, Patentrecht, Aufl. 2 S. 267/8. Eine Verweisung auf die Bereicherungsansprüche würde zwar meist, aber nicht notwendig, zum Ziele führen, da der bereichernde Erwerb des Ersatzpflichtigen nicht notwendig auf Kosten des Verletzten gemacht sein muß. Es fragt sich vielmehr, ob nicht der Ersatzanspruch als solcher ohne weiteres auch den Inhalt der Bereicherungsansprüche in sich aufnimmt. Aus inneren Gründen wird man einer Bejahung der Frage geneigt sein, obwohl sie bei dem Fehlen positiver Belege dafür nicht zweifellos erscheint. Demnach würde z. B. der Dieb den Gewinn erstatten müssen, der auf ein mit dem gestohlenen Geld angeschafftes Los entfallen ist; nicht minder gehört dahin der aus einem erschlichenen, der sogen. Patentvindikation unterworfenen Patent erzielte Gewinn.

§ 249.

Wer zum Schadensersatze verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen

Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen.

E. I 219, E. II 213, RV. 243. — Mot. S. 19—21, Prot. S. 291—2, D. S. 68.

Beschädigung einer Sache 3. **Erforderlicher Geldbetrag** 3 a. E. | **Herstellung des Zustandes** 2. **Schadensersatz** 1. **desgl. wegen Nichterfüllung** 3d. | **Verletzung einer Person** 3. **Vertretbare Sachen** 2.

Literatur: Degenkolb im ArchZivPrax. **76** 1 ff.; Oertmann S. 228, 235 ff.; Fischer S. 165 ff.; v. Tuhr, DJZ. **99** 306, ders., Iherings Jahrb. **46** 39 ff.

1. Der **Schadensersatz** kann sich vollziehen:

a) in Herstellung des Zustandes, wie er jetzt bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre — also nicht notwendig gerade

b) in Ausgleichung des Interesses durch Geld.

(A. A. Degenkolb, der nur diese als Schadensersatz ansieht.)

In Übereinstimmung mit dem richtig verstandenen Gemeinen Recht (s. Windscheid § 257 No. 6) und dem Sächs. GB. § 687 faßt das BGB. das erstere als die primäre, das letztere nur als die subsidiäre Art des zu leistenden Ersatzes auf.

2. Was ist unter der zunächst zu fordernden **„Wiederherstellung des Zustandes"** zu verstehen? Ist es zur Anwendung von § 249 nötig, daß physisch, oder genügt es, daß wirtschaftlich derselbe Zustand, wie vorher, hergestellt werden könne? Man wird der zweiten Alternative den Vorzug geben. Denn andernfalls würde der § 249 fast ganz gegenstandslos. Ist erst einmal ein Schaden wirklich eingetreten, so pflegt der genau identische Zustand meist nicht mehr hergestellt werden zu können. Das ist nicht einmal der Fall, wenn der Mieter den zerkratzten Fußboden streicht, die zerbrochene Scheibe wieder einsetzen läßt. Und doch wird niemand zweifeln, daß in diesen Beispielen § 249 zur Anwendung komme, ja es geht aus S. 2 unmittelbar hervor. Daher wird man auch hier nicht die formale Logik, sondern die praktische Vernunft entscheidend sein lassen: es kommt darauf an, ob wirtschaftlich durch die Gestaltung ein dem früheren gleichartiger Zustand geschaffen wird. So auch Planck aaO. 2d. Das wird aber bereits durch die Verschaffung eines andern Exemplares aus der Gattung an Stelle der beschädigten vertretbaren Sache erreicht, und daher dürfte auch dieser Fall gegen die Protok. S. 296 und Planck hierher zu rechnen sein, z. B. der Entleiher meines Buches erstattet mir statt des beschmutzten Exemplares ein anderes. So auch Matthiaß S. 343, Mayring bei Staudinger Aufl. 1, Nr. 3b, Schollmeyer zu § 251 Nr. 1a. Ebenso ausdrücklich Dresdener Entwurf § 222, aber auch bereits der Schwabenspiegel, s. Degenkolb S. 67/70. Skeptisch früher Degenkolb selbst aaO., dessen Bedenken sich jetzt durch S. 2 erledigen dürften. Ebenso wird sich der Mieter bei Unbrauchbarkeit der ursprünglich gemieteten Räume die Stellung von Ersatzräumen gefallen lassen müssen, solange sein Interesse nicht darunter leidet.

Diese freiere Auffassung entspricht auch dem von den Motiven in Bezug genommenen Gemeinen Recht, s. l. 9 pr. D. XIX, 2; l. 60 pr. das. (si locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem).

3. **Ausnahmen:** Auch soweit Naturalherstellung möglich, sind die Parteien nicht immer an die in Nr. 1 angegebene Reihenfolge gebunden, nämlich nicht:

a) **der Gläubiger** in den Fällen des S. 2, die praktisch die wichtigsten, aber keineswegs die einzigen sind — anders z. B. bei Schadensersatz wegen Entziehung einer Sache (hier ist zunächst das entzogene Stück selbst zurückzuschaffen); wegen Fehlens der zugesicherten Eigenschaften des Kaufgegenstandes; wenn jemand durch Betrug oder Drohung zur Veräußerung eines Gegenstandes, zur Eingehung einer Verpflichtung, zur Übernahme einer Hypothek — in einer dem Gegner gegenüber unanfechtbaren und daher Schaden bringenden Weise — bestimmt worden ist. Oder wenn ein Bankier mir schuldhaft zum An- oder Verkauf von Wertpapieren geraten, die ihm übertragene Ausübung eines Bezugsrechtes unterlassen hat (der Schadensersatz besteht hier in nachträglicher Lieferung der Stücke zum damaligen Bezugskurs). S. auch Rehbein S. 59, Endemann S. 728. Nach Crome § 151, I a. E. soll auch in den Fällen von S. 2 der Gläubiger die Annahme der Herstellung dann nicht weigern können, wenn es sich um eine „nach jeder Richtung hin befriedigende Wiederherstellung handelt", nicht nur um einen möglicherweise fehlschlagenden Versuch. Aber das beruht auf der oben zurückgewiesenen allzuweiten Anspannung des Treu- und Glauben-Prinzips, s. § 242 Bem. 1. Richtig ist nur, daß der Gläubiger das Recht aus S. 2 nicht zur bloßen

Schikane im Sinne des § 226 verwenden darf. Die Natur des Rechtes aus S. 2 ist die einer sogen. facultas alternativa mit Wahlrecht des Gläubigers, s. Litten S. 111 ff., 119 ff., Staudinger Nr. 5, v. Tuhr DJZ. aaO., Weiß, facultas alternativa, Diss. Erlangen 1904 S. 14, anders Crome aaO. Anm. 15, sowie Pescatore, Wahlschuldverhältnisse, S. 153 Anm. 7, S. 275, die eine Wahlschuld annehmen. Der Unterschied ist wichtig, falls die Naturalherstellung vor Einforderung des Geldersatzbetrages unmöglich wird, insbesondere die herzustellende Sache untergeht. Hier ist (anders freilich auch von ihr aus Pescatore S. 275) nach der ersten Anschauung der Schuldner frei geworden, oder kann doch nicht mehr den Herstellungsbetrag fordern, nicht auch nach der zweiten (s. § 265). Der Wortlaut des Gesetzes ist der Annahme einer facultas alternativa günstiger, innere Gründe sprechen gleichfalls dafür; denn der Zweck von S. 2 ist doch wesentlich der, daß der Gläubiger sich die vielleicht pfuscherhaften Herstellungsversuche des Schuldners nicht aufdrängen lassen muß, die Reparatur auf Kosten des Gegners selbst vornehmen darf. Nach Untergang der Sache entfällt aber die Reparaturmöglichkeit.

Aus dem Gesagten folgt aber keineswegs die Notwendigkeit, mit Litten und der herrschenden Lehre im genannten Fall eine völlige Befreiung des Ersatzpflichtigen anzunehmen. Nicht mit Unrecht nennt Pescatore S. 154 solche Annahme „geradezu gemeingefährlich"; sie würde auch gegen den in Vorbem. 3 c γ δδ vor § 249 entwickelten Grundsatz verstoßen, wonach der entstandene Ersatzanspruch nicht dadurch beeinträchtigt werden kann, daß der Schaden auch durch ein anderes späteres Ereignis nachträglich eingetreten wäre. Die Schwierigkeit löst sich gemäß § 251: ist das beschädigte Objekt später untergegangen, so liegt fortan ein Fall vor, in dem Naturalherstellung nicht mehr möglich ist. Hier tritt die Pflicht zur Geldentschädigung in Kraft, als welche nur erfordert, daß die Naturalherstellung jetzt, zur Zeit der Geltendmachung des Anspruches unmöglich ist, nicht auch, daß sie das sofort von der Schädigung an war.

Das muß auch gelten, wenn eine vertretbare Sache beschädigt ist. Freilich kann hier der Gläubiger nach der richtigen Ansicht statt Herstellung des entwerteten Stückes ein anderes, neues fordern (Oertmann S. 318); aber auch dies wohl nur im Sinne einer facultas alternativa.

Jedenfalls kann der Gläubiger, der sich in den Fällen des S. 2 in irgend einer Form bestimmt für den einen Weg des Ersatzes entschieden hat, nachher nicht mehr den anderen wählen; ein Vertrag ist dabei nicht nötig, s. Gruchot 36 S. 859.

Zu bemerken ist noch, daß der Gläubiger den zur Wiederherstellung erforderlichen, d. h. von ihm selbst dazu aufzuwendenden, Geldbetrag verlangen kann, nicht bloß das Quantum, was dem Schuldner die Herstellung gekostet haben würde. Denn damit wäre das Interesse des Gläubigers nicht ohne weiteres gewahrt, und auf dieses kommt es entscheidend an.

b) **der Schuldner** nicht bei unverhältnismäßiger Kostspieligkeit der Naturalherstellung, § 251 Abs. 3.

c) **beide Teile** nicht nach Ablauf der vom Gläubiger gestellten Herstellungsfrist des § 250.

d) Eine mögliche weitere Ausnahme ist der Fall des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit. Nach der herrschenden Ansicht ist er von vornherein auf das Geldinteresse gerichtet, da er andernfalls mit dem Erfüllungsanspruch, an dessen Stelle er doch treten soll, identisch sei. So z. B. Windscheid-Kipp II S. 61, Schöller bei Gruchot 45 530, Staudinger Vorbem. vor § 249 Nr. 1e, v. Tuhr bei Jhering 46 49, dagegen aber Fischer S. 130, 191, für den Fall des § 179 auch Planck dazu Nr. 2, jetzt auch teilweise Kipp, Gutachten f. d. 27. Juristentag I S. 255. Dies mit Recht: Die Prämisse der Gegner ist unrichtig, da der auf Herstellung gerichtete Ersatz- gegenüber dem Erfüllungsanspruch mehrfache Verschiedenheiten aufweist. Vor allem vollzieht sich seine Überleitung in einen Geldanspruch nach § 250, statt auf dem zeitraubenden Umwege des § 283. Ferner kann das zu vertretende Verhalten weitere Schädigungen hervorgerufen haben, die zwar mit dem Erstattungs-, aber nicht mit dem Erfüllungsanspruch geltend gemacht werden können. Z. B. X hat verspätet dem Y Sämereien geliefert, sodaß Y mangels rechtzeitiger Aussaat keine Ernte erzielen konnte. Sein Erstattungsanspruch richtet sich nicht nur auf Erfüllung, sondern auf ein dem normalen Ernteertrag entsprechendes Fruchtquantum. Auch aus praktischen Gründen ist die herrschende Lehre als zu weitgehend zu verwerfen, selbst in den Fällen des Schadensersatzes wegen Unmöglichkeit der Erfüllung trifft sie nicht immer, wennschon meistens, zu, s. das Beispiel von Kipp S. 255. Dagegen ist

mit Kipp allerdings in den Fällen der §§ 283, 286 der Schadensersatz auf Geld zu beschränken; anders wieder wohl im Fall des § 179, s. Planck Nr. 2 dazu.

e) Sicherlich keine Ausnahme bietet die Möglichkeit, daß die Wiederherstellung des Zustandes ihrerseits in einem Geldquantum besteht, s. den Fall des RG. 46 Nr. 24 S. 84 (jemand ist durch falsche Angaben zum Ankauf von Aktien bewogen: der Ersatz besteht in Zurückgabe des Preises gegen Herausgabe der Aktien).

§ 250.

Der Gläubiger kann dem Ersatzpflichtigen zur Herstellung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Herstellung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist kann der Gläubiger den Ersatz in Geld verlangen, wenn nicht die Herstellung rechtzeitig erfolgt; der Anspruch auf die Herstellung ist ausgeschlossen.

E. I 219, E. II 213, RV. 244. — Mot. S. 19—21, Prot. S. 293—7, D. S. 69.

Literatur: Romeick, zur Technik des BGB.: I. Fristbestimmung, 1901, ders. DJZ. 01 495.

Angemessene Frist 3. | Fingierte Unmöglichkeit 4. | Fristsetzung 3.
Anspruch auf Herstellung 4. | Fristablauf 4. | Recht der Fristsetzung 2.
Beweis 5.

1. **Zweck:** Die Vorschrift des § 250 bezweckt eine Vereinfachung des Verfahrens; denn ohne sie müßte der das Geldinteresse fordernde Gläubiger dartun, daß Naturalherstellung untunlich sei, oder doch erst eine Verurteilung des Schuldners zur Naturalherstellung bewirken (s. Planck Nr. 1).

2. **Das Recht der Fristsetzung** steht dem Gläubiger zu, sowohl da, wo er zuerst Wiederherstellung verlangen muß, wie auch da, wo er statt dessen den nötigen Geldbetrag verlangen kann. Dagegen hat nicht auch der Schuldner das Recht, dem Gläubiger zur Erklärung über die verschiedenen ihm in § 249 gewährten Ansprüche eine Frist zu setzen.

3. Der Gläubiger muß eine **angemessene Frist** stellen — und zwar durch einseitige, empfangsbedürftige Erklärung im Sinne der §§ 130/2. Was „angemessen" sei, bestimmt sich aus den Umständen und konkreten Vertragszweck, nicht einseitig aus den Sonderinteressen oder -verhältnissen der einen oder andern Partei (s. § 242!). Ist die gestellte Frist länger als nötig gewesen wäre, so behält es dabei sein Bewenden; die Tragweite einer etwa zu kurz bemessenen Frist dagegen ist äußerst streitig:

a) Nach zahlreichen Schriftstellern tritt durch die unangemessene Fristbestimmung keinerlei Wirkung ein. So Crome § 151, I, 2a; Enneccerus S. 412; Kaufmann, Kommentar II S. 41; Otto, Sächsische Vorträge, S. 252; Planck Nr. 2b (es sei denn, daß in der Erklärung des Gläubigers eventuell die Leistung innerhalb der wirklich angemessenen Frist ausdrücklich oder stillschweigend gefordert sei), Schollmeyer Nr. 5.

b) Andere lassen durch die Stellung der unangemessenen die wirklich angemessene Frist ohne weiteres in Bewegung gesetzt werden. So Cosack § 105 Anm. 18; Dernburg II § 33 Nr. 4; Eck S. 247; Hachenburg, Verträge Aufl. 2 S. 306; Kipp zu Windscheid II S. 88; Paech, Leistungsverzug, S. 157; Pescatore, Wahlschuldverhältnisse, S. 230; Romeick S. 37 ff., DJZ. S. 495; Sänger, Verzug beim Kauf, 1902 S. 14; Szkolny-Caro zu § 283 Nr. 2b; Titze, Unmöglichkeit, S. 147, s. auch Anm. 51; Wendt, ArchZivPrax., 92 194. Diese Ansicht ist heute die herrschende; sie wird auch von der Praxis vertreten, so besonders RG. ZS. I vom 16. XII. 03, Bd. 56 Nr. 59 S. 234, mit guter Begründung; RG. ZS. II vom 16. II. 04, bei Seuffert 59 Nr. 150 S. 266; OLG. Hamburg bei Seuffert 59 Nr. 74 S. 137, s. auch die Angaben bei Warneyer BGB. zu § 326 Nr. VIII, 28.

c) Einen vermittelnden Standpunkt findet man in verschiedenen Ausprägungen bei Fischer, Schaden S. 217 und Goldmann-Lilienthal S. 300 (es komme auf den Sinn der Aufforderung an), dann Kuhlenbeck bei Staudinger Nr. 4, Staub, Exkurs zu § 374 HGB. Anm 79 (schweigt Schuldner auf die zu kurz bemessene Frist, so ist das Genehmigung; protestiert er, so hat er selbst eine andere Frist zu bestimmen, die dann, wenn angemessen, maßgebend ist).

Im Gegensatz zur herrschenden Lehre glaube ich eine volle Wirkungslosigkeit der unangemessenen Frist nicht mehr vertreten zu können. Daß durch ihre Stellung der Schuldner sich von der Herstellung eher abhalten ließe (Enneccerus), ist wohl nur in den seltensten Fällen anzunehmen. Andererseits erscheint es als unbillig, den Gläubiger selbst nicht an die gesetzte Frist gebunden sein zu lassen; er könnte dann ja unter Berufung auf ihre Unwirksamkeit noch immer von der facultas alternativa des § 250 S. 2 Gebrauch machen. Man wird daher der herrschenden Meinung den Vorzug und nur für den Fall dem Schuldner das Recht geben, sich um die Fristsetzung gar nicht zu kümmern, wenn deutlich erhellt, daß der Gläubiger auf der gestellten unangemessenen Frist bestehen bleibt. Davon abgesehen muß der Schuldner nun die Leistung in der objektiv angemessenen Frist vollziehen, ferner werden (trotz des Widerspruchs von Planck) m. E. Treu und Glauben ihn in der Regel verpflichten, den Gläubiger auf die Unangemessenheit der gestellten Frist aufmerksam zu machen und ihm die nach seiner, des Schuldners, Ansicht, wirklich angemessene zu bezeichnen; Schweigen wird wenigstens unter Umständen, wennschon nicht immer — man denke an eine lächerlich kurze, offensichtlich ganz unangemessene und sachwidrige Frist — mit Staub als Genehmigung anzusehen sein.

Andererseits kann der Gläubiger von vornherein ohne bestimmte Angabe der Dauer einfach eine „angemessene Frist" setzen, so auch Crome aaO., Dernburg aaO., Planck Nr. 2 a.

4. **Mit Ablauf der Frist** ist das Recht auf Naturalherstellung für beide Teile ausgeschlossen, auch für den Gläubiger — die gegenteilige Behauptung von Behrend in der DJZ. 97 342 und Kuhlenbeck, JW. 97 522 (anders jetzt bei Staudinger Nr. 3) ist gegenüber dem klaren Gesetzestexte ganz unhaltbar. Das Gesetz fingiert eben, hier wie in andern Fällen einer derartigen Fristsetzung (so z. B. §§ 264 Abs. 2, 283, 326), eine nunmehr eingetretene Unmöglichkeit der ursprünglichen Leistung, offenbar um eine „Vereinfachung und Klärung der Verhältnisse" herbeizuführen. (Gegen diese — auch von den Motiven verwendete — Bezeichnung des Falles als einer „fingierten Unmöglichkeit" wendet sich mit kaum angebrachter Schärfe Romeick S. 22 ff. Ich will damit nichts weiter sagen, als daß das Gesetz einen Fall praktisch der Unmöglichkeit gleich wertet, der in Wahrheit nicht oder doch nicht notwendig eine solche wirklich mit sich bringt. Als kurzes, bezeichnendes Schlagwort erscheint sie daher wohl geeignet.)

Dafür hat der Gläubiger nunmehr einen Geldersatzanspruch, der als bedingter schon mit Stellung der Frist entstanden war, Langheineken, Anspruch, S. 63.

Übrigens ist der Ausdruck: „wenn nicht . . . . rechtzeitig erfolgt", eigentlich unpassend, es muß heißen: „wenn nicht . . . . erfolgt ist" (d. h. innerhalb der Frist), s. Kuhlenbeck v. d. Pandekten II S. 117.

5. **Beweis:** Der Gläubiger muß die Stellung und den Ablauf der Frist beweisen, nötigenfalls auch ihre Angemessenheit. Der Schuldner hat demgegenüber darzutun, daß er innerhalb der Frist geleistet habe. S. Planck Nr. 3.

6. S. die neue Bestimmung in der ZPO. § 255, die mit Planck auch wohl auf unseren Fall anzuwenden ist. Danach kann Gläubiger mit der Klage auf Herstellung auch den Antrag auf Stellung einer angemessenen Leistungsfrist im Urteil verbinden. Anders Schollmeyer Nr. 3.

§ 251.

Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen.

Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist.

E. I 219, E. II 213, RV. 245. — Mot. S. 19—21, Prot. S. 293—7.

Literatur zu Absatz 1: Degenkolb aaO., S. 63 ff., Mataja, Arch.BürgR. 1 275 ff.

1. Der **Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens** in Geld steht dem Gläubiger zu:

a) bei wirklicher oder fingierter (§ 250 Nr. 4) Unmöglichkeit der Herstellung;

b) wenn oder soweit diese zwar möglich, aber zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist: die Herstellung würde etwa solange Zeit erfordern, daß der Beschädigte für die Sache keine Verwendung mehr hätte (Ball= oder Brautkleid, zu einem bestimmten Zweck zu verwendendes Buch).

In Fällen der letzteren Art ist aber der Gelderstattungsanspruch wohl nicht stets ein ausschließlicher, sondern tritt nur neben den Herstellungsanspruch: falls nämlich durch diesen das Interesse des Gläubigers zwar nicht ganz, aber wenigstens teilweise befriedigt werden würde. Dafür spricht das Wort „soweit die Herstellung ....", ebenso innere Gründe, s. auch Planck zu § 249 Nr. 2[d], Degenkolb S. 69, No. 120. Man muß dabei sondern:

α) Nur ein quantitativer Teil des entstandenen Schadens ist nicht durch Herstellung ausgleichbar, z. B. ein Teil der gestohlenen (unvertretbaren) Gegenstände läßt sich wieder herbeischaffen, ein anderer nicht. Dann bleibt es wegen jener grundsätzlich bei der Naturalherstellung — es sei denn, daß auch die beschaffbaren Stücke wegen ihrer wirtschaftlichen oder ästhetischen Zusammengehörigkeit mit den andern für den Gläubiger kein Interesse mehr bieten.

β) Der einheitliche Schaden läßt sich nur bis zu einem gewissen Grad, im Sinne der Qualität „teilweise" durch Herstellung beseitigen. Für diesen Fall ist Degenkolb deren Zulassung überhaupt ungünstig: der Gläubiger brauche sich nicht mit einem „Flickwerk" zu begnügen. Dem wird man an sich beitreten: Ist eine Sache bloß entwertet, so muß man dem Beschädigten das Recht zusprechen, die Entwertung wie eine völlige Vernichtung zu behandeln, d. h. vollen Schadensersatz zu verlangen, gegen Herausgabe des beschädigten Gegenstandes an den Ersatzpflichtigen, s. näheres bei Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 306 ff., RG. ZS. I, v. 28. II. 96, Bd. 38 Nr. 7 (Seuffert 52 Nr. 253), anders freilich OLG. f. Bayern bei Seuffert 51 Nr. 13 S. 18. Das ist zwar kein allgemeiner, formell feststehender Rechtssatz; man wird es aber nach dem Vorbild des römischen Rechts (s. l. 14 §§ 8 9 D. XI, 3) sowie nach der schlagenden Analogie der §§ 280 Abs. 2 und 325 Abs. 1 S. 2 wenigstens für die Fälle bestimmt anzunehmen habe, wenn der Eigentümer einer bloß beschädigten Sache an dem Behalten oder Zurückerhalten des der Vernichtung entgangenen Restes kein Interesse hat. Das muß dann auch unter der entsprechenden Voraussetzung folgerecht von dem Fall gelten, wenn die Schädigung bis zu einem gewissen Grade wieder beseitigt werden kann, aber nicht ganz, z. B. das Loch im zerrissenen Kleidungsstück kann zugenäht oder zugestopft werden, aber die Flickstelle bleibt sichtbar.

Aber damit ist nicht gesagt, daß alsdann immer Geldersatz an Stelle der Naturalherstellung trete. Denn bei Vertretbarkeit des unheilbar beschädigten Gegenstandes bleibt immer noch die Möglichkeit der Lieferung eines neuen Exemplars (gegen Herausgabe des entwerteten). § 251 kommt alsdann noch nicht zur Anwendung, vielmehr bleibt es beim Prinzip des § 249 sowohl dann, wenn das verletzte Stück selbst hergestellt, als auch dann, wenn dafür ein gleichwertiges Ersatzstück angeschafft werden kann.

Denkbar ist andererseits auch, daß die Naturalherstellung den Wert des beschädigten Gegenstandes gegenüber dem früheren Zustand erhöht (Verwandlung von „Alt in Neu", s. über die Behandlung dieser der Vorteilsausgleichung verwandten Fälle Oertmann aaO. S. 235 ff.).

2. **Zu Absatz 2:**

Hierdurch werden die Interessen des Schuldners für den bisweilen vorkommenden Fall gewahrt, daß die Herstellung an sich möglich ist und der Gläubiger sie wählt, dem Schuldner aber dadurch unverhältnismäßige Opfer auferlegt werden: z. B. die Instandsetzung würde mehr kosten als ein anderer, bei fabrikmäßiger Herstellung billiger Gegenstand der fraglichen Art; der Schuldner wohnt jetzt soweit ab vom Erfüllungsort, daß ihm die Herstellung unverhältnismäßige Kosten verursachen würde. Oder: jemand hat fremdes Material in sein Haus verbaut; die Herausnahme würde dasselbe unverhältnismäßig schädigen. Bisher half man sich in solchen Fällen mit Fiktion einer Unmöglichkeit der Naturalherstellung, so PrOTr. bei Striethorst **100** 319 ff.

Dabei untersteht die Beurteilung, wann die Kosten „unverhältnismäßig" hoch seien, dem richterlichen Ermessen. Eine bloße Unbequemlichkeit wird nicht in Betracht

kommen. Zu konstruieren ist das Entschädigungsrecht aus Abs. 2 wohl als facultas alternativa mit Wahlrecht des Schuldners. (Anders freilich Chamizer, Wahlschuld, Diss. Leipzig 1902 S. 41, Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 153, die beide eine Wahlschuld annehmen, jener mit Schuldner-, dieser mit Gläubiger-Wahlrecht.) Übt dieser es aus, so kann das wohl nur durch tatsächliche Leistung der Entschädigung geschehen (so auch Planck Nr. 4 gegen Endemann § 128 Anm. 37); bis sie erfolgt, wird der Schuldner der Verurteilung zur Naturalherstellung nicht durch Einwendung oder Einrede entgehen (anders Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 6), sondern nur verlangen dürfen, daß ihm seine facultas alternativa in dem ihn zur Ersatzleistung verurteilenden Urteil vorbehalten werde. Letzteren Modus bemängelt Schollmeyer Nr. 3, dem aber nur zuzugeben ist, daß der Lösungsbetrag, um in der Vollstreckungsinstanz berücksichtigt zu werden, im Urteil mit einer bestimmten Summe angesetzt werden muß. Aber schwerlich bedarf es dazu einer Feststellungs-Widerklage, wie Sch. will.

§ 252.

Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

E. I 218, E. II 214, RV. 246. — Mot. S. 15—7, Prot. S. 291.

Literatur: Fischer S. 49 ff., Träger S. 254 ff.

Entzogene Gehaltsverbesserung 3a. | lucrum cessans 1, 2. Maß des Verschuldens 1. | Möglicher Gewinn 2a. Unsittlicher Gewinn 2b.

1. **Prinzip**: S. Vorbem. vor § 249. Zu ersetzen ist nach dem BGB. sowohl der positive Schaden als der entgangene Gewinn, wie im Gemeinen Recht und dem bisherigen Handelsrecht (Art. 283). Auch kommt es mangels besonderer Ausnahme bei der Berechnung nicht auf das größere oder geringere Maß des Verschuldens an; es ist vielmehr gegenüber dem Landrecht (I, 6, §§ 10—16) eine Abstufung des Umfanges der Ersatzpflicht als eine durchaus fernzuhaltende „Hereinziehung moralisierender oder strafrechtlicher Gesichtspunkte" schon von den Motiven S. 17 ausdrücklich abgelehnt worden. Dies natürlich vorbehaltlich etwaiger besonderer Bestimmungen, wie sie sich z. B. in den §§ 254, 829, 1298 finden.

2. **Grenzen**: Die Erstattung des entgangenen Gewinns darf nicht ins Endlose gehen; die mit der bisherigen Lehre und der Natur des Schadensersatzes übereinstimmenden Grenzen sind gemäß § 252 folgende:

a) Unnötig ist zunächst für die Ersatzpflicht, auch wegen des entgangenen Gewinnes, daß der Schädiger ihn oder seine Höhe voraussehen konnte. Anders allerdings Planck in der ersten Aufl. Nr. 2b, Scherer — aber daß die Worte „erwartet werden konnten" auf den Schädiger gehen, dafür spricht weder der Wortlaut noch ein innerer Grund; wie kann man von ihm sagen, daß er den Gewinn beim Beschädigten „erwarten" konnte; wie von ihm verlangen, daß er die getroffenen „Veranstaltungen" kannte? Man hat vielmehr einen objektiven Maßstab anzulegen: Der Standpunkt des korrekt denkenden, mit den Verhältnissen vertrauten unparteiischen Beobachters ist entscheidend.

So auch Fischer S. 75, Kisch bei Grünhut 29 350, Staudinger Nr. 2; ähnlich Rümelin S. 254 vom Standpunkt der adäquaten Kausalität (s. Vorbem. vor § 249 Nr. 4), jetzt auch Planck, Aufl. 3 Nr. 2. — Das Wahrscheinlichkeitsurteil ist abzugeben (durch den Richter oder sonstigen objektiven Beurteiler) auf der Basis sämtlicher zur Zeit der Beschädigung vorliegender sofort oder — von der aaO. besprochenen Formel Rümelins aus — auch erst später erkennbar gewordener Umstände aus.

b) Wohl aber finden sich inhaltliche Grenzen, die S. 2 anscheinend mit genügender Deutlichkeit ausspricht. Aber im Grunde ist die Fassung mehrdeutig und der Sinn infolgedessen stark bestritten. Zur Vorbereitung der richtigen Auslegung ist auszugehen von der Verschiedenheit zweier Fragen:

α) Ist überhaupt ein Schaden als entstanden anzusehen, zu dem das zu vertretende Verhalten die conditio sine qua non bildete; wäre, anders formuliert, der ausgebliebene Gewinn ohne jenes Verhalten vermutlich gemacht worden?

β) Steht, bei Bejahung der Frage zu α), der als entstanden zu erachtende Schaden auch im adäquaten Zusammenhang zu dem vertretbaren Verhalten?

Meist bezieht man die Worte des S. 1 auf die Frage zu β); es scheint aber richtiger, sie auf die zu α) zu beziehen (so richtig Träger S. 258 ff.). Dafür spricht der Wortlaut, der von den Voraussetzungen des S. 2 die Eigenschaft des Gewinnes als eines entgangenen abhängig macht. Außerdem hatte das Gesetz allen Anlaß, diese Frage zu regeln, nicht die nach dem zur Haftung erforderlichen Grade des Kausalzusammenhanges. Denn da es sich beim entgangenen Gewinne nicht, wie beim positiven Schaden, um eine reale, ohne weiteres ersichtliche Größe handelt, bedurfte es im Gesetz zunächst unbedingt einer Feststellung dahin, wieweit das Vermögen überhaupt als nachteilig beeinflußt anzusehen sei. Ist die Frage zu α) bejaht, bedarf es somit noch immer der Untersuchung, ob der danach anzunehmende Kausalzusammenhang auch ein adäquater ist. Das wird freilich (s. Träger S. 261) alsdann meist ohne weiteres bejaht werden müssen.

Es bleibt aber noch die weitere Frage, ob die in S. 2 angegebenen Kriterien im Sinne des Gesetzes als ausschließende aufgestellt sind, mit anderen Worten, ob damit nur eine Beweiserleichterung geschaffen werden sollte, sodaß es in den Fällen des Textes keiner weiteren Prüfung des Gewinnentganges mehr bedarf; oder ob das Gesetz ausschließend den Gewinn nur gerade unter den gesetzlichen Voraussetzungen als entgangen angesehen werden läßt. Für die zweite, strengere Meinung besonders früher Planck Nr. 2[b], dann Cosack § 90, IV, 3, Crome § 151, II, 1[b], Matthiaß S. 345, neuerdings Kuhlenbeck zu Staudinger Nr. 3. Dagegen für die zweite, minder strenge vorzüglich Enneccerus S. 408, Träger S. 255, nunmehr auch Planck Nr. 2[b] in ausführlicher, sorgsam abwägender Begründung; aus der Praxis OLG. Hamburg, OLGRspr. IV S. 214. Ihr gebührt der Vorzug. Denn das Gesetz sagt nicht, daß nur unter den Voraussetzungen des Textes der Gewinn als entgangen gelte, vielmehr läßt sich mit mindestens demselben Recht hinter „gilt" das Wort „ohne weiteres" hinzudenken. Dafür spricht auch das Wort „als entgangen gilt . . .", es deutet auf die Fälle hin, wo das wirkliche Entgangensein des Gewinnes sich nicht sicher nachweisen läßt; die Tendenz des Gesetzes enthält somit eher eine Begünstigung als eine Erschwerung des Ersatzberechtigten. Die Entstehungsgeschichte ferner ist, wie Planck selbst darlegt, unsicher. Die Billigkeit endlich erheischt, das hat Enneccerus S. 409 bewiesen, unsere Auslegung.

Ist diese richtig, so können zur Feststellung des entgangenen Gewinnes möglicherweise auch solche Momente herangezogen werden, die zur Zeit des vertretbaren Verhaltens noch nicht hervorgetreten waren und die daher damals auch eine „Erwartung" im Sinne des § 2 noch nicht begründen konnten, z. B. Preissteigerungen, RG. 18. IV. 02, DJZ. 1902 S. 311, sofern sie nur durch den vertretbaren Umstand adäquat verursacht waren. (So auch Fischer S. 275, Rümelin S. 235, Schollmeyer Nr. 3, Träger aaO.)

Aber auch nach unserer Auslegung hat man festzuhalten:

a) Keinenfalls ist der ganz unsichere, nur als möglich nachzuweisende Gewinn (z. B. eines besonders vorteilhaften Verkaufes des getöteten Tieres) zu ersetzen.

b) Ebensowenig der zwar wahrscheinliche, aber nur kraft unsittlicher oder rechtswidriger Veranstaltungen zu erzielende, z. B. haftet der Verkäufer dem Käufer nicht auf den durch Fehler des verkauften Hauses entgangenen Gewinnst aus einem Bordellbetrieb. S. RG. bei Seuffert 46, Nr. 179 S. 279. Das muß auch mangels besonderer Bestimmung für das BGB. gelten, angesichts dessen Grundprinzipien (§§ 138, 242). So auch Schollmeyer.

c) Nicht ist erforderlich, daß die spezielle Gestaltung oder gar die Höhe des Gewinns vorauszusehen war; es genügt, wenn nur ein Gewinn überhaupt in der S. 2 angegebenen Weise erwartet werden konnte, s. auch Planck Nr. 2[b]: z. B. Möglichkeit allgemeiner Preissteigerung.

3. Werden in den Grenzen von Nr. 2 auch solche Gewinnentgänge gewertet, die nur einen rein tatsächlichen Charakter haben? Dagegen Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 203, dafür Fischer, Schaden S. 64. Für den Fall mittelbarer Schädigung behandelt § 844 Abs. 2 die Frage verneinend; aber es ist allerdings

zweifelhaft, ob sich das verallgemeinern läßt. Ist der entgangene Vorteil ökonomisch meßbar, so dürfte auch seine Wertung beim Schadensersatzanspruch nahe liegen.

4. Noch zwei **besondere Fragen**, die auch für das BGB. im bisherigen Sinne entschieden werden dürften:

a) kann nach § 252 die durch das schädigende Ereignis genommene Aussicht auf späteren höheren Verdienst, Beförderung im Dienste usw. ersetzt verlangt werden? Die bisherige Praxis (RG. bei Seuffert 46, Nr. 192, S. 305) verneinte das im allgemeinen, wohl mit Recht. Anders ist es aber bei subalternen Beamten, bei denen das Aufrücken ohne Rücksicht auf die Einzelpersönlichkeit nach dem Dienstalter zu geschehen pflegt. Anders auch wohl bei Vorrücken in bloß höhere Altersklassen ohne Rangänderung, sowie bei Dienstalterszulagen, s. auch § 842 und Bem. dazu.

b) kann sich umgekehrt der Beklagte, der dem Kläger für den Verlust einer bisherigen beruflichen Stellung haftet, durch Hinweis auf die auch ohnedies bestehende Kündigungsmöglichkeit des früheren Geschäftsherrn schützen? Mit Recht verneint vom RG. bei Seuffert 49, Nr. 246, S. 416, solange kein Anhaltspunkt dafür vorliege, daß jener von der doch immerhin vermutlich nur aus besonderen Gründen ausgeübten Entlassungsbefugnis Gebrauch gemacht haben würde.

Es bleibt immerhin dabei, daß dem Beschädigten der aus dem Dienstverhältnis erwachsene rechtliche Vorteil entzogen ist; die bloße Möglichkeit anderweiter Entziehung ist jedenfalls nicht verwirklicht worden.

§ 253.

Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.

E. I 221, E. II 216, RV. 247. — Mot. S. 21—3, Prot. S. 298.

1. **Prinzip**: Die herrschende Lehre des Gemeinen Rechts, die freilich gerade neuerdings von gewichtigen Stimmen (Jhering, Jahrb. 18, S. 59, Dernburg, Pandekten II, § 99, No. 10 und dort zitierte) bekämpft wurde, ließ nur ökonomischen Schaden ersetzt werden, während die Praxis des französischen Rechts in weitem Umfang auch wegen des dommage moral, immatériel eine Satisfaktion in Geld gewährte. Der Entw. I folgte der herrschenden Lehre (s. Mot. S. 221), die auch trotz des Widerspruchs der Kritik (Gierke, Hartmann) im BGB. Aufnahme fand.

Indes gilt das nur mit Einschränkungen:

a) die ganze Bestimmung bezieht sich nur auf **Geldentschädigung**, nicht auf Wiederherstellung, soweit diese überhaupt möglich ist. S. dazu Fischer S. 317 ff. Z. B. der Mieter tapeziert wider Willen des Vermieters ein Zimmer mit wertvoller, diesem aber unangenehmer Tapete: er muß sie entfernen und das Zimmer wieder in den früheren Zustand versetzen lassen. Ferner kann bei ökonomisch unschädlichen Ehrenbeleidigungen, Körperverletzungen usw. Naturalherstellung in Frage kommen. Natürlich können die Parteien statt der Wiederherstellung auch wegen des moralischen Schadens eine Geldleistung verabreden.

b) ferner wird auf mögliche **gesetzliche Ausnahmen** verwiesen, und solche finden sich z. B. in den §§ 847 und 1300, s. Bem. dazu. Außerdem bleiben unberührt die Vorschriften über Buße bei Beleidigungen, Körperverletzungen, Verletzungen der Urheberrechte, wobei es nicht auf den Nachweis eines bestimmten ökonomischen Schadens ankommt.

c) in **Vertragsverhältnissen** kann sich der Gläubiger wegen immaterieller Schäden sichern durch Ausbedingung einer Vertragsstrafe, bei Beurteilung von deren Angemessenheit jedes berechtigte Interesse des Gläubigers berücksichtigt wird, § 343 und Bem. dazu.

2. Der **Begriff des Vermögensschadens** ergibt sich aus dem des Vermögensinteresses, s. Bem. 1 zu § 241. Es umfaßt alle Entziehungen von Genüssen, die im Verkehr nur gegen Entgelt erlangt zu werden pflegen, also auch unübertragbare Theater- und Konzertbillets rc.

Dagegen ist es an sich kein Vermögensschaden und somit nicht in Geld zu ersetzen, wenn jemandem der Gebrauch eines reinen Luxuspferdes zeitweilig entzogen wird, SächsOLG. 24 S. 527 (Warneyer BGB. zu § 249 Nr. 3). Anders, wenn der

Eigentümer dadurch für die Zeit der Gebrauchsentziehung ein anderes Tier zu mieten veranlaßt wird.

3. **Affektionsinteresse:** In den Mot. S. 253 ist zugleich abgelehnt die Berücksichtigung bloß subjektiver Empfindungen und Meinungen bei Abschätzung des (an sich ökonomischen) Interesses, des Affektionsinteresses, entsprechend dem Gemeinen Recht (l. 33 pr. D. 9, 2), aber teilweise anders als im Landrecht. Anders aber liegt es, wenn das gleiche Affektionsinteresse von mehreren geteilt wurde und sich bereits im objektiven Verkehrswert des Gegenstandes ausgedrückt hatte (alte Münzen, Möbel, Briefmarken). So auch Schollmeyer Nr. 2. Weiter geht Planck Nr. 3, der auch dann das Affektionsinteresse beachtet wissen will, wenn nur der Beschädigte selbst die Sache mit Rücksicht auf jenes zu einem ungewöhnlich hohen Preis erstanden hatte. Aber der zufällig gezahlte Preis allein ist für die ökonomische Wertung des erstandenen Gegenstandes an sich gleichgültig.

Auch sonst ist das Affektionsinteresse nicht ganz, sondern nur als Grundlage eines Gelderſatzanspruches verworfen, s. Fischer S. 294, 320ff. und die Beispiele oben zu Nr. 1a.

§ 254.

Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.

Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen mußte, oder daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.

E. I 222, E. II 217, RV. 248. — Mot. S. 223—4, Prot. S. 300—1. Reichst.-Komm.-Ber. S. 35—6.

Anwendungsgebiet 3.
Eigenes Verschulden 2.
Ersatzanspruch dritter 6.
Größe des beiderseitigen Verschuldens 2.
Kulpakompensation 1b.
Minderung des Ersatzanspruches 7.
Operationsweigerung 2c.
Rechtswidrigkeit des klägerischen Verhaltens 2c, 5.
Schuldhaftes Benehmen des Beschädigten 1b, 2.
Unterbrechung des Kausalzusammenhanges 1a.
Unterlassungen des Beschädigten 4.
Verschulden gegen sich selbst 2b.
Verschuldungsfähigkeit 2c.
Voraussehbarkeit des Schadens 4.

Literatur, a) ältere: Endemann, Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten, 1893; Wendt in Iherings Jahrb. 31 166ff.

b) zum neuen Recht: Cohn, Gruchots Beiträge 43 96ff.; Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten, 1903; v. Leyden, Die Kulpakompensation, 1902; Rümelin (s. vor § 249) S. 307ff.; Titze, Unmöglichkeit S. 134ff.; Träger S. 327ff.; Weyl, Verschuldensbegriffe S. 296ff., 599ff. Besonders über die Frage der Operationspflicht Arnoldi, Dissert. Erlangen 1899.

1. Der § 254 vermischt in wenig glücklicher Weise zwei Gesichtspunkte, deren Sonderung der modernen Wissenschaft gerade glücklich gelungen war:

a) die sog. **Unterbrechung des Kausalzusammenhanges**,

b) die sog. **Kulpakompensation**.

Ihre Berücksichtigung beruht auf zwei ganz verschiedenen Gesichtspunkten:

a) Der Wegfall des Ersatzanspruches ergibt sich in dem Fall, wenn durch einen neuen Umstand der Zusammenhang zwischen dem zu vertretenden Ereignis und dem entstandenen Schaden unterbrochen ist, schon aus der allgemeinen Erwägung, daß die Ersatzpflicht nicht weiter reichen darf als die Kausalität, und war daher auch im Entw. I § 222 gar nicht besonders behandelt.

Allerdings herrscht über Namen und Bedeutung des genannten Begriffes Streit; dafür u. a. Endemann aaO. S. 35ff., Gottschalk S. 34ff., dagegen v. Leyden S. 47, Rümelin S. 264ff., Träger S. 327ff.

Jedenfalls bedarf die Frage dringend der Klarstellung:

α) Durch einen ganz unabhängigen neuen Umstand wird der sonst dazu geeignete alte gehindert, den Erfolg herbeizuführen, s. Vorbem. von § 249 Nr. 4 c γ a. E. Hier könnte man von Unterbrechung des KZ. reden, aber damit wäre wenig gewonnen — es fehlt vielmehr überhaupt an der Verursachung, und der Fall gehört keinenfalls unter § 254.

β) Die gesetzte eine Bedingung zum Erfolge ruft eine zweite hervor, die ihrerseits den Erfolg erzeugt. Dann ist wieder zweierlei möglich:

αα) Beide erscheinen insoweit als gleichwertig zur Herstellung des Erfolges, als sie beide zu ihm in adäquatem Zusammenhang stehen. Hier ist von einer Unterbrechung des KZ. natürlich keine Rede. Es handelt sich einfach um eine mittelbare und eine unmittelbare Ursache.

ββ) Die zweite drängt die erste so zurück, daß von einer adäquaten Verursachung durch diese nicht mehr die Rede sein kann, z. B. ein Arzt infiziert einen Leichtverwundeten mit Leichengift.

Eine Unterbrechung des KZ. liegt in beiden Fällen nicht vor — wie soll die zweite Bedingung, ohne deren Hinzutritt die erste ja unwirksam geblieben wäre, deren Kausalität unterbrochen haben! Außerdem ist jene im Fall α) geradezu (mittelbare) Ursache geworden!

Damit ist der ganze Begriff als wertlos erwiesen. Dafür ist aber gemäß § 254 ein anderer an die Stelle zu setzen: derjenige der vorwiegenden Kausalität. Er umfaßt die Fälle zu αα, insofern unter den beiden als Ursache anzusehenden Bedingungen die eine oder die andere vom Standpunkt der abschätzenden Beurteilung so sehr als die bedeutsamere, überwiegende erscheint, daß die andere in der Bewertung dagegen zurücktritt. Ob eine solche Abweichung vom Standpunkt einer anderen als der Birkmeyerschen Kausalitätstheorie, der die Bestimmung entlehnt sein dürfte, grundsätzlich statthaft erscheint, kann gegenüber der bestimmten Vorschrift des Gesetzes nicht in Frage kommen.

Das Gesetz behandelt aber dieses „vorwiegende Verursachen" nicht allgemein, sondern nur für den Sonderfall, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Verletzten mitgewirkt hat. An sich würde das vorw. Verurs., den Begriff einmal angenommen, von einem solchen unabhängig sein; insbesondere ist es nicht nötig, daß die hinzutretende „vorwiegende" Ursache gerade vom Verletzten gesetzt ist. Aber an andere Fälle denkt das Gesetz eben nicht, und es ist bedenklich, die Vorschriften des § 254 darauf entsprechend anzuwenden. Es wird ihretwegen vielmehr bei den allgemeinen Regeln bleiben müssen: hat also der Setzer der zweiten Bedingung den Schaden allein adäquat verursacht (z. B. der leichtsinnige Arzt), so kommt nur er für eine etwaige Ersatzpflicht in Frage; erscheinen beide Urheber als adäquate Verursacher, so müßten gegebenenfalls (Verschulden vorausgesetzt) beide nebeneinander haften. So auch Rümelin S. 309, Träger S. 328. Immerhin ließe sich vielleicht eine entsprechende Verwertung des in § 254 enthaltenen Gedankens dahin rechtfertigen, daß der Beschädigte sich an den unmittelbaren, „vorwiegenden" Verursacher wenigstens zuerst zu halten habe; daß dem mittelbaren, ähnlich wie dem Bürgen, bei Zahlungsfähigkeit und derzeitiger Belangbarkeit des andern eine Art Einrede der Vorausklage zustehe. Ansätze dazu im Röm. Recht, l. 60 § 2 D. XIX, 2 und dazu Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 263/4. Aber als allgemeine Regel läßt sich das für das neue Recht sicherlich nicht aufstellen; es paßt nicht zu der in § 255 zu Gunsten des mittelbaren Schädigers ausgesprochenen bloßen Abtretungspflicht, ebensowenig zu §§ 840 Abs. 2—3. Nur da, wo in der Inanspruchnahme des mittelbaren Schädigers vor dem zur Naturalherstellung fähigen unmittelbaren eine Schikane oder ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt, dürfte jener eine Vorausklage gegen diesen begehren können (Oertmann S. 295—6).

b) § 254 regelt nur ex professo die sog. Kulpakompensation, den Fall des **mitwirkenden Verschuldens** des Beschädigten. Wie weit dabei der Ausdruck „Verschulden" überhaupt berechtigt sei, ist zweifelhaft.

α) Keinenfalls braucht es sich dabei um die Verletzung einer allgemein auferlegten oder besonders übernommenen Rechtspflicht zu handeln, so auch RG. 10. III 1903, DJZ. 1903 S. 297, wie auch umgekehrt nicht notwendig jedes Verhalten

unter § 254 fällt, nur weil es einem Polizeiverbot widerspricht (RG. 16. I 1902, SächsArch. 12 209, s. ferner die Angaben bei Warneyer BGB. zu § 254 Nr. I 4). Auch der Umstand, daß § 254 das mitwirkende Verschulden mit Rechtsnachteilen bedroht, begründet nicht eine Rechtspflicht zur Schadensabwendung — denn da selbst die Bedrohung mit einer Ersatzpflicht nicht notwendig das bedrohte Tun zu einem rechtswidrigen stempelt (s. besonders § 826 und Bem. dazu), so kann der bloße Ausschluß eines ohnedies zuständigen Rechts noch viel weniger ohne weiteres diese Wirkung haben (Anders v. Liszt, Deliktsobligationen S. 84, auch wohl Gottschalk aaO. S. 69ff., 73, der freilich nur eine Verkehrspflicht annimmt, die eine Rücksichtnahme auf den Beschädiger verlange). Selbst ein „Verstoß gegen fremde Interessen" (Gottschalk) ist das mitwirkende Verschulden nur unter der Voraussetzung, daß der Beschädiger ersatzpflichtig sei, und der Eintritt seiner Ersatzpflicht soll ja gerade durch Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens hintangehalten werden! Wie hier besonders Rümelin S. 334, Zitelmann, Grundriß, S. 166ff.

β) Zitelmann aaO. versucht die Bedeutung des mitwirkenden Verschuldens statt dessen auf ein darin liegendes „Verschulden gegen sich selbst" zurückzuführen; seine Berücksichtigung beruht auf einem ethischen mißbilligenden Vorurteil. Das hat neben Beifall (so im wesentlichen Rümelin S. 312: „Mißbilligung vom eigenen Interessenstandpunkt", v. Leyden S. 67, 74: „Ordnungswidrigkeit des Verhaltens") auch manchen Widerspruch erfahren (Crome I § 111: es gebe keine Pflichten gegen sich selbst; die Rechtsordnung mißbillige nicht die sachwidrige Wertvernichtung als solche, z. B. nicht die einer eigenen Sache; ferner Gottschalk S. 69ff., Weyl S. 523, bei dem S. 517ff. der Stand der Frage ausführlich dargestellt wird) und ist in der Tat nicht ganz unbedenklich. Aber immerhin liegt darin doch die sicherlich beste der gegebenen Erklärungen, zumal in der von Rümelin gegebenen mehr rechtspolitischen Formulierung. Die Rechtsordnung kann die Abwälzung eines Schadens auf andere nicht wohl zulassen, wenn der Verletzte selbst unter Vernachlässigung der eigenen Interessen an seiner Herbeiführung mitgewirkt hat. Wer dagegen ankämpft und auch nicht an die unauffindbaren Rechtspflichten zur Schadensabwendung glaubt, der muß mit Crome S. 497 und Weyl S. 300 den Schwerpunkt auf das Moment der vorwiegenden Verursachung legen. Das wird aber dem Gesetze nicht gerecht, indem diese nur als einer von mehreren („insbesondere") möglichen Sonderfällen des konkurrierenden Verschuldens verwertet wird. S. unten Nr. 2a.

2. **Das eigene Verschulden im einzelnen.**

a) **Verhältnis zur vorwiegenden Verursachung.**

Daß beide nicht identisch sind, wurde schon oben entwickelt. Vielmehr erscheint die vorwiegende Verursachung durch den Beschädigten als ein zwar besonders wichtiger, aber keineswegs allein möglicher Fall des mitwirkenden Verschuldens. Dieses kann auch davon abgesehen zu einer Ausschließung oder Minderung des Ersatzanspruches führen, soweit die Umstände, auf die das Gesetz abgestellt wissen will, es erfordern. Das wird besonders in den Fällen des Abs. 2 oftmals zutreffen, s. unten Nr. 4: der unterlassene Hinweis auf die drohende Schadenshöhe wird doch, wenn überhaupt, nur ganz ausnahmsweise als vorwiegende Ursache der Schädigung erachtet werden dürfen. Ferner beim Zweikampf: Der dabei Getötete hat selbstverständlich seinen Tod nicht „vorwiegend verursacht", und doch können die Umstände so liegen, daß ihn der Vorwurf eines ganz überwiegenden Verschuldens trifft.

Anders Crome, Weyl (Nr. 1 a. E.), ferner, nach dem Vorgang des Protok. I S. 300, Endemann § 132 Anm. 4, Schollmeyer Nr. 5.

Weniger weitgehend RG. 54 Nr. 5 S. 14, nach dem die überwiegende Kausalität ein vorzugsweise — also nicht ausschließlich! — zu berücksichtigender Umstand ist. Umgekehrt meint Träger S. 351, 355, daß es bei der Unverwertbarkeit des Begriffes „wirksamere Bedingung" entscheidend überhaupt nur auf das überwiegende Verschulden, gar nicht auf die überwiegende Verursachung ankommen könne. Das widerspricht direkt dem Wortlaut des Gesetzes, nach dem das Überwiegen der Verursachung zwar nicht den einzigen, aber einen besonders wichtigen der für die Wertung des „eigenen Verschuldens" maßgebenden Umstände bildet.

b) **Die maßgebenden Umstände.** Es handelt sich dabei offenbar um eine Würdigung der Tatfrage, über die sich allgemein nicht viel sagen läßt. Doch dürfte folgendes als Material für die Beurteilung — nicht als formell bindende Norm, da ja die besonderen Umstände zuletzt maßgebend sein sollen (so auch RG. ZS. III vom 7. III. 05, Seuffert 60 Nr. 164 S. 308) — dienen:

a) **Die Größe** des beiderseitigen Verschuldens. Wie weit es darauf ankomme, war im GR. bestritten. Nach der im wesentlichen im Preußischen Landrecht und im Sächsischen Gesetzbuch (§ 688) anerkannten herrschenden Lehre (Windscheid und Mommsen aaO. S. 157, 257) soll der Ersatzanspruch, außer bei dolus des Täters, schon versagt werden wegen bloßen Fehlens der gehörigen Sorgfalt des Beschädigten; dagegen nach Dernburg, Pandekten II § 45 No. 11 und Wendt soll kein mechanisches Kompensationsprinzip entscheiden, sondern der Gesichtspunkt der Billigkeit und Gerechtigkeit im einzelnen Fall. Dieser richtige Standpunkt ist auch der des BGB., indem es einfach auf die Umstände verweist.

Von einer compensatio culpae im römischen Sinn läßt sich somit wohl nicht mehr reden, s. darüber Weyl S. 299.

β) **Der Anteil beider Beteiligten an der Kausalität.** Mag auch eine solche objektive Abwertung der beiderseits gesetzten Bedingungen nicht immer möglich, als allgemeines Prinzip undurchführbar sein, so läßt sie sich doch vielfach vollziehen und muß alsdann nach der Vorschrift des § 254 vollzogen werden. So wird in der Regel das Setzen der unmittelbaren Bedingung gegenüber dem einer bloß mittelbaren als überwiegende Verursachung erscheinen, aber nicht immer, so nicht in dem vom RG. 29 S. 122 entschiedenen Fall (ein Hausbesitzer streut nicht bei Glatteis und veranlaßt dadurch einen Passanten, auf den Straßendamm überzutreten, wo er verunglückt).

γ) Schwierig wird die Entscheidung, wenn überwiegende Verursachung und überwiegende Verschuldung auseinanderfallen; z. B. jemand geht absichtlich in die Schußweite eines Jägers, einer militärischen Übung, um verwundet und entschädigungsberechtigt zu werden; der Provokant zu einem Duell wird dabei erschossen. Alsdann die vorwiegende Verursachung zum obersten Entscheidungsmaßstab zu nehmen, dazu nötigt uns weder der Wortlaut des Gesetzes noch ein innerer Grund. Es dürfte vielmehr ein entschiedenes Überwiegen der Schuld beim einen im stande sein, das Überwiegen der Kausalität, ja möglicherweise selbst die alleinige adäquate Kausalität beim andern für die abwertende Beurteilung auszugleichen, in extremen Fällen selbst ganz in den Hintergrund zu drängen. Nur muß das Verschulden, um so zu wirken, im Sinne einer Bedingung zum Erfolge immerhin mitgewirkt haben.

c) Es ist nicht nötig, daß das Verschulden des Beschädigten gerade bei dem schädigenden Ereignis selbst hervortrat, sofern es nur **„bei der Entstehung des Schadens mitwirkt"**. Es kann jenem auch nachfolgen, so die Operationsverweigerung (a. A. auch hier Endemann S. 57), es kann aber auch vorausgehen. So, wenn durch das rechtswidrige Verhalten des Beschädigten der Schädiger seiner Amtspflicht entsprechend zum Einschreiten veranlaßt, und durch dieses alsdann der unglückliche Erfolg herbeigeführt wurde, s. die instruktive Entsch. des RG. bei Seuffert 48 Nr. 244 S. 388 aus dem Gebiet des Reichshaftpflichtrechtes (wobei indes zu beachten ist, daß nicht jedes polizei- oder reglementswidrige Benehmen beliebige gefährdende und verletzende Maßnahmen der Obrigkeit rechtfertigen kann, daß es vielmehr auch hier auf Verhältnismäßigkeit der in Frage stehenden Interessen, der öffentlichen Ordnung einer-, des Lebens und der Gesundheit des Betroffenen andererseits ankommt).

d) Gleichgültig ist, ob das die Ersatzpflicht ausschließende Verschulden des Beschädigten sich in einem **positiven Tun oder nur in einem Unterlassen** äußert. So auch Rümelin S. 332. Das müssen selbst diejenigen zugeben, die, wie Endemann, die Kausalität der Unterlassung leugnen und daher durch eine solche den Kausalzusammenhang nie unterbrochen werden lassen. Denn der Gesichtspunkt der Verursachung ist hier eben zum mindesten nicht allein entscheidend. Daher kann auch die Weigerung des körperlich Verletzten, sich operieren zu lassen, ihm den Ersatzanspruch nehmen, wenigstens dann, wenn die Operation nach sachverständigem Urteil ungefährlich war und die Verminderung bezw. Beseitigung des Schadens „mit Wahrscheinlichkeit erwarten" ließ. Das ist auch der Standpunkt des Reichsgerichts, s. die Erkenntnisse bei Seuffert 46 Nr. 189 S. 294, 296, den Endemann in der eingangs erwähnten Schrift vergebens zu widerlegen versucht, s. gegen ihn Eck, DJZ. 6 8, Oertmann ArchBürgR. 8 257, Bernhöft in seinen und Binders Beiträgen I S. 231/2, Dernburg § 32, II 3, Arnoldi aaO. und Weyl S. 601. Weitere Angaben über die Streitfrage bei Weyl und in Neumanns Jahrbuch II S. 145.

e) Eine schwierige und sehr bestrittene Frage ist, ob das mitwirkende Verschulden des Beschädigten an die allgemeinen, oder überhaupt an irgend welche subjektive Voraussetzungen, an eine Verschuldungsfähigkeit, gebunden sei?

α) Die einen verlangen volle Geschäftsfähigkeit des Verletzten, damit sein eigenes Verschulden berücksichtigt werde. So Cohn S. 116. Aber diese Ansicht wird durch nichts gestützt und hat keinen Anklang gefunden; dagegen überzeugend Gottschalk S. 82.

β) Wohl aber stellt die herrschende Lehre die Zurechnungs- oder Deliktsfähigkeit als Vorbedingung für den Eintritt der in § 254 aufgestellten Rechtsfolgen auf. So Cosack § 90, V, 2; Gottschalk S. 69ff., 72, v. Liszt, Deliktsobligationen, S. 81, Matthiaß S. 347, Rümelin S. 310ff., Schollmeyer Nr. 3, Träger S. 334ff., 340, Zitelmann S. 169. Weitere Angaben bei Weyl S. 297/8. Auch Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 1 gehört hierhin; denn nur, wenn ein Tun des Unzurechnungsfähigen den adäquaten Kausalzusammenhang unterbricht, verneint er nach § 254 die Haftung.

γ) Fast ebensoviele Autoren nehmen den Begriff „Verschulden" hier in einem nichttechnischen Sinne und lassen auch bei Unzurechnungsfähigkeit des Verletzten gegebenenfalls die Wirkung des § 254 eintreten. So schon früher, gegenüber dem RHpflG., Croissant, Eigenes Verschulden und Handlungsfähigkeit, 1893 (dagegen Oertmann ArchBürgR. 8 376) und Wendt, Jherings Jahrb. 31 S. 180, jetzt Bienenfeld, Seuffert Bl. 68, S. 489ff., Crome I § 111 Anm. 15, Endemann § 132, 2b, Pfizer DJZ. 04 712ff., Weyl S. 297ff., 301, 599ff., dagegen nennt dieser zu Unrecht Enneccerus und Träger als Vertreter seiner Lehre, s. Enneccerus S. 405 Anm. 9, Träger sehr deutlich S. 334.

Die Praxis ist meist der herrschenden Auffassung günstig, besonders das Reichsgericht, das sie auch schon gegenüber dem RHaftpflG. vertrat. So RG. ZS. VI vom 30. IV. 1900, Gruchot 47 920, vom 11. V. 1903, Bd. 54 Nr. 104, S. 407, vom 4. II. 1904, Gruchot 48 Nr. 70, S. 810ff., endlich vom 1. XI. 1904, Entsch. Bd. 59 Nr. 64, S. 221ff. Ähnlich OLG. Bamberg bei Seuffert 60 Nr. 95, S. 188. Dagegen für die Anwendung des § 254 auf Deliktsunfähige LG. Karlsruhe, Badische Rechtspraxis 1901, S, 201, s. auch die Angaben bei Warneyer Jahrb. I, S. 36 Nr. 4.

Die herrschende Meinung dürfte begründet sein; nichts weist darauf hin, daß der Ausdruck „Verschulden" hier plötzlich in einem andern Sinne als sonst im BGB., „untechnisch" gebraucht sei. Keinenfalls geht es an, mit Bienenfeld und Crome (weniger weitgehend Weyl S. 301) ihm die eigene Verursachung zu substituieren; daß eine solche den Ersatzanspruch ausschließe, war auch ohnedies nach allgemeinen Grundsätzen selbstverständlich, außerdem würde jene Auslegung den Vorder- und den Nachsatz in Widerspruch bringen, von denen jener, der allgemeinere, vom Verschulden, dieser als der speziellere („insbesondere") von der beiderseitigen Anteilnahme an der Verursachung redet. Faßt man den § 254 im obigen Sinn, läßt man also das mitwirkende Verschulden des Beschädigten gegebenenfalls auch ohne Rücksicht auf seine vorwiegende Kausalität wirken, so würde die gegnerische Ansicht ins Bodenlose führen, den Beschädigten ohne Rücksicht auf seine Kausalität und sein wirkliches Verschulden seiner Ansprüche berauben können.

Nur ein Zugeständnis ist den Gegnern zu machen, nach dem Vorgang von Rümelin S. 316/7, Litten Ersatzpflicht des Tierhalters, S. 104, Träger S. 340 (dagegen freilich v. Liszt S. 82, Gottschalk S. 70): der unzurechnungsfähige Verletzte, der den Schaden vorwiegend verursacht oder zu seiner Entstehung durch ein bei einem zurechnungsfähigen als schuldhaft zu bezeichnendes Benehmen mitgewirkt hat, kann ihn nicht ersetzt verlangen, soweit die Billigkeit nach den Umständen im Sinne des § 829 seinen Anspruch ausschließt. Denn, wenn ihn § 829 alsdann sogar haftbar erklärt, so ist doch der Leitgedanke offenbar der, daß er den so verursachten Schaden tragen soll. Darf der Gegner diesen, wenn bei ihm entstanden, auf den unzurechnungsfähigen Täter abwälzen, so kann unmöglich der unzurechnungsfähige Beschädigte im entsprechenden Fall eine Abwälzung auf den Gegner erheischen. Nur bei Schulderfüllung erscheint die Verantwortlichkeit der Unzurechnungsfähigen als ausgeschlossen, wird hier aber ersetzt durch Haftung für ihre Vertreter, Abs. 2 S. 2.

f) **Worauf muß sich das eigene Verschulden beziehen?** Nach der Ansicht mancher gerade auf den schädigenden Erfolg selbst, so v. Liszt S. 82/3, v. Leyden S. 72/4, s. auch Gottschalk S. 74; dagegen aber Rümelin S. 310 mit guten Beispielen. Es muß in der Tat genügen, wenn bei der Entwicklung des Gesamttatbestandes, anläßlich dessen jemand verletzt wurde, ein Verschulden des Verletzten in einer die Anwendung des § 254 rechtfertigenden Weise mitwirkte, z. B. würde der Apfeldieb

u. U. keinen Ersatzanspruch haben, der in die polizeiwidrig unbedeckt gelassene Senkgrube des Bestohlenen gefallen ist. Weder Wortlaut noch Sinn des § 254 veranlassen eine engere Auslegung.

3. **Anwendungsgebiet des § 254.**

Abs. 1 bezieht sich unbestritten auf alle Fälle einer Ersatzpflicht, nicht nur auf solche innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses, sondern auch auf die Fälle der sog. culpa in contrahendo, für die sich allerdings teilweise Sondervorschriften finden, sowie auf die Haftung aus unerlaubten Handlungen, aus Garantie- und, mangels besonderer Vorschriften, Versicherungsverträgen. Gleichgültig ist vor allem, ob die Ersatzpflicht selbst auf Verschulden des Pflichtigen beruhte; § 254 geht keineswegs nur auf den Fall eines „konkurrierenden" Verschuldens beider Teile, sondern allgemein auf die Fälle eines zum Erfolg mitwirkenden Verschuldens des Beschädigten. So auch RG. ZS. I, Bd. 55 Nr. 77, S. 320. Anders Entw. I, § 222.

Insbesondere ist § 254 auch anwendbar gegenüber einer Inanspruchnahme des Tierhalters aus § 833, des Jagdberechtigten aus § 835 (RG. 24. X. 1902, JurWoch. 32, Beil. 1) und einer solchen aus dem RHaftpflG., ja er ist hier sogar von besonderer Wichtigkeit. So die feststehende Praxis, s. die Erkenntnisse des RG. ZS. VI, vom 30. IV. 1900, Gruchot 47, 924, vom 5. II. 1903, DJZ. 1903, S. 177, vom 12. III. 1903, Gruchot 47, 907, vom 2. XI. 1903, Seuffert 59, Nr. 123, S. 225, und vom 9. XI. 1903, Entsch. Bd. 56, Nr. 38, S. 154ff., weitere Angaben bei Warneyer BGB. zu § 254, IV. Ebenso Gottschalk S. 101 (s. freilich auch S. 64), Planck Nr. 1.

Zweifelhaft ist nur das Anwendungsgebiet der ersten Alternative des Abs. 2 (s. unten Nr. 4). Planck wollte sie früher nur auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung beziehen, Aufl. 1 Nr. 3, ebenso Schollmeyer Nr. 6a, anders aber die meisten, so Cohn S. 122, Kisch bei Grünhut 29, 351, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 4, zweifelnd jetzt Planck Aufl. 3, Nr. 3a, der zugibt, daß das Wort „der Schuldner" solche Beschränkung nicht notwendig mache. Aber innere Gründe sprechen noch weniger dafür, mag auch die Anwendung des Absatzes in anderen Fällen tätsächlich selten sein.

4. **Insbesondere Abs. 2 Satz 1.**

Als **besonderer Fall des konkurrierenden Verschuldens** wird nach dem BGB. der in Abs. 2 mitgeteilte behandelt, z. B. ich lasse mich zur Bahn fahren, ohne dem Kutscher die Folgen der Zugversäumnis mitzuteilen; ich vertraue jemandem einen Brief an, ohne ihn über die darin enthaltenen Wertpapiere aufzuklären (Iherings Zivilrechtsfall Nr. 35, Aufl. 5). Oder wenn bei einem Deckungsverkauf der Verkäufer die Schadensminderung durch Aufsuchen möglichst günstiger Bedingungen verabsäumt (RG. ZS. II, Bd. 57 Nr. 25, S. 107), möglicherweise auch schon, wenn der Beschädigte das nach Lage der Dinge gebotene Deckungsgeschäft nicht abschloß, s. OLG. Hamburg 20. III. 1905, bei Seuffert 60, Nr. 183, S. 346.

Darüber hinaus hatte Ihering (Schuldmoment S. 55) für das GR. eine Beschränkung der Haftung auf die vorausgesehenen bezw. voraussehbaren Folgen des Tuns bei allen bloß fahrlässigen Schädigungen vertreten. Diese Lehre wurde zwar von den meisten verworfen, so auch vom RG. Bd. 13 Nr. 21, S. 65, aber vom E. II § 215 für Ansprüche wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit allgemein aufgenommen. Das BGB. ist dem aber nicht gefolgt, mit Ausnahme nur der besonderen Bestimmung unseres Abs. 2.

Wegen des Anwendungsgebietes s. oben Nr. 3 a. E.

5. **Insbesondere Abs. 2 Satz 2** (s. dazu Schröder, ArchZiv.Prax. 95, 298ff. sowie die bei § 278 zitierten Schriften von Feder S. 51ff. und Fischer S. 64ff.

a) Zweifelhaft ist das Anwendungsgebiet der hier vorgesehenen Verantwortlichkeit für dritte Personen. Die Stellung des Satzes 2 als Bestandteil des Abs. 2 scheint nahezulegen, daß die Verweisung auf § 278 auch nur in dem engen Rahmen dieses Absatzes gelten solle. So in der Tat Cohn aaO. S. 118, 125, Feder aaO., RG. ZS. VI, Bd. 55 Nr. 82, S. 331. Dagegen aber Binder in seinen und Bernhöfts Beiträgen S. 165, Fischer S. 66, Gottschalk S. 120 und besonders Träger S. 341. In der Tat bedeutet die gegnerische Auffassung einen unglaublichen Formalismus, der zudem weder in der Entstehungsgeschichte noch selbst im Wortlaut Stützen findet. Die Anwendbarkeit des § 254 in den Sonderfällen des Absatzes 2 hat offenbar nicht den mindesten besonderen Grund gegenüber der in allen Fällen des Abs. 1. Außerdem will Abs. 2 das Anwendungsgebiet des Abs. 1 nicht erweitern,

sondern nur erläutern, die angeführten Fälle, als unter ihn gehörig, authentisch feststellen. Schon das erfordert die weitere Auslegung.

b) Schwieriger ist die inhaltliche Auslegung des Satzes.

α) Da § 278 nur von einer Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsdiener handelt, wollen manche eine entsprechende Einschränkung auch in § 254 Abs. 2, S. 2. hineintragen. So Endemann § 132 Anm. 25, Schollmeyer Nr. 6c, OLG. Hamburg 16. III. 1901, Rspr. II S. 457, anscheinend auch RG. ZS. I, 26. IX. 1903 bei Seuffert 59, Nr. 51, S. 90. Aber dabei vergißt man, daß die Anwendung des § 278 nur eine entsprechende sein soll, bei der man offenbar das Wort „Schuldner“ sinngemäß durch „der Beschädigte“ ersetzen muß. Die Meinung der Gegner machte den Satz so gut wie völlig inhaltlos. Gegen jene Lehre auch Planck Nr. 5.

β) Fischer S. 66 will mit einer besonderen vom Gesetz auferlegten Pflicht zur Schadensabwendung aushelfen; ähnlich RG. ZS. VI, Bd. 55 Nr. 82, S. 331. Aber eine solche Pflicht ist unerfindlich (s. oben Nr. 1 a. E.) und aus den Gründen zu α) unnötig.

γ) Vielmehr ist (ähnlich Schröder S. 310, Planck aaO.) an das Verschulden solcher Personen zu denken, deren sich der Beschädigte zur Erfüllung der ihm zwecks Schadensabwendung obliegenden eigenen Interessenbetätigung bedient, z. B. zum Löschen des durch fremde Unvorsichtigkeit entstandenen Brandes; zur Anzeige an den Ersatzpflichtigen von der anormalen Schadenshöhe. An sich lag dem Beschädigten die Interessenwahrung selbst ob, bedient er sich dazu eines dritten, so muß er dessen Nachlässigkeit wie eigene verantworten; jene wirkt auf den Ersatzanspruch in der gleichen Weise ein, wie wenn der Beschädigte selbst den fr. Akt der Interessenwahrnehmung vorgenommen hätte. Dabei ist natürlich wieder auf die „Umstände“ Rücksicht zu nehmen: also auf die Höhe des beiderseitigen Verschuldens, vor allem auch auf die infolge des gefährdenden Eingriffs des Schädigers etwa entstandene Notwendigkeit, schnell eine vielleicht minderwertige Hilfsperson zur Interessenwahrung heranzuziehen. Für die Schuld des zugezogenen Arztes ist der Beschädigte wohl überhaupt nicht verantwortlich im Sinne des § 254, denn die ihm obliegende Interessenwahrnehmung bezog sich nur auf die Zuziehung des Arztes, nicht auf die Behandlung der Wunde, s. Gottschalk S. 123.

Zweifelhaft ist, ob die Gehilfen gerade ausschließlich zu den Abwehrmaßregeln hinzugezogen sein müssen, so Cohn S. 125, oder ob auch an solche Gehilfen zu denken ist, deren der Schuldner sich allgemein bedient „zur Wahrung der Angelegenheit, in welcher der Schaden eintrat,“ oder „zur Pflege des geschädigten Gutes“, RG. aaO. 55, 332, Planck Nr. 5, Schollmeyer Nr. 6c. Für die engere Auslegung spricht allerdings die Analogie des § 278, der sich nur auf Erfüllungshandlungen beziehen dürfte. Aber eine bloß entsprechende Anwendung des § 278 ist an diese Einschränkung nicht unbedingt gebunden, wenn der Sinn sie nicht auch in unserem Fall gebietet. Und ferner: wer einem andern allgemein die Wahrung eines Interessenkomplexes anvertraut, hat ihm damit in der Regel auch die gegenüber einem etwaigen Eingriff nötigen Abwehrmaßregeln ohne weiteres mit übertragen.

Nach Satz 2 muß dem Beschädigten auch ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters angerechnet werden. Unrichtig RG. ZS. VI, 11. V. 1903, Bd. 54 Nr. 104, S. 410, wonach sich der Beklagte gegenüber dem Ersatzanspruch eines Minderjährigen nicht auf das etwaige Verschulden von dessen Vater berufen könne. Richtig Träger S. 341 (mit weiteren Angaben), Schröder S. 312/3.

Ebenso ist S. 2 anwendbar, wenn zu dem durch den Gehilfen einer Person verursachten Schaden ein Verschulden des Gehilfen des Beschädigten mitgewirkt hat, s. RG. 26. IX. 1903 bei Seuffert 59 Nr. 51, S. 90.

6. Wenn nicht der unmittelbar Beschädigte, sondern **dritte** den Ersatzanspruch geltend machen (z. B. die Hinterbliebenen im Falle des § 844), so müssen sie sich auch aus dem etwaigen Verschulden des ersteren Einwendungen entgegensetzen lassen, neben denen aus ihrem eigenen Verschulden. So nach dem Wortlaut des § 254 und der besonderen Vorschrift des § 846 für die dort bezeichneten Fälle. Anders für das Landrecht RG. 14 Nr. 63 S. 254.

7. Das konkurrierende Verschulden des Beschädigten nimmt ihm entweder seinen Anspruch ganz oder **mindert denselben** nur; dies z. B. wenn er den Schaden durch sein Verschulden nur vergrößert hat, ohne daß er ihn ganz hätte hindern können.

Der Wortlaut des § weist deutlich auf solche Eventualitäten hin. S. auch RG. 18. XII. 1902, JurWoch. 32 B. 32.

Unanwendbar ist § 254 dagegen auf solche Fälle, wo die Begründung eines Ersatzanspruches in Frage steht, RG. Bd. 57 Nr. 19 S. 89.

§ 255.

Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes Schadensersatz zu leisten hat, ist zum Ersatze nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechtes gegen dritte zustehen.

E. I 223, E. II 218, RB. 249. — Mot. S. 24—6, Prot. S. 301—2.

Literatur: Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 256ff.; Taucher, Dissert. Erlangen 1904.

1. **Prinzip:** Der in § 255 ausgesprochene Gedanke findet sich schon im Römischen Recht, s. l. 12 D. 42. 1, ferner Windscheid I § 193 No. 12, Oertmann S. 256—74. Er beruht auf der Erwägung, daß der Ersatzberechtigte auf Kosten des Ersatzpflichtigen eine grundlose Bereicherung erfahren würde, wenn er einerseits den vollen Wert der verlorenen Sache ersetzt erhielte, daneben aber doch die aus seinem Rechte daran entspringenden Ansprüche gegen dritte behielte, während andererseits eine Minderung seines Ersatzanspruches wegen der bloßen Möglichkeit späterer Zurückerlangung des verlorenen Objektes seinen Interessen nicht genügen könnte.

Zur Vorteilsausgleichung gehört der Fall nicht (s. Oertmann S. 274ff. gegen Schollmeyer Nr. 6 zu § 252), da hier nicht die Abtretung eines in seiner Eigenart von dem entstandenen Schaden unabhängigen Vorteils in Frage steht, sondern ein durch das beschädigte Rechtsgut bestimmtes Surrogat desselben (anders wiederum Fischer, Schaden S. 247ff.).

Das hat auch praktische Bedeutung, s. Oertmann S. 278ff., insbesondere kann zur Anwendung des § 255 nicht ohne weiteres eine Identität des die Verantwortlichkeit begründenden und des den abzutretenden Ersatzanspruch herbeiführenden Ereignisses erfordert werden.

2. **Anwendungsgebiet** (s. Oertmann S. 280ff.): Auf den Grund der Haftung kommt es nicht an, § 255 findet Anwendung, mag der Schuldner mit einem dinglichen, einem Vertrags- oder außerkontraktlichen obligatorischen Anspruch für sein Unvermögen zur Rückgabe der Sache einzustehen haben. Auch der Fall gehört hierher, daß eine Versicherungsgesellschaft (See-, Einbruchsversicherung) vertragsmäßig für den Verlust einzustehen sich verpflichtet hat, s. unten Nr. 7 und § 61 des GesEntw. über den Versicherungsvertrag.

3. **Inhalt und Wirkung.** Eine **gesetzliche Abtretung** begründet die Vorschrift, entgegen der Regelung des Entw. I, **nicht**, sondern nur einen **Gegenanspruch auf die Abtretung**, der gemäß § 273 mittels Zurückbehaltung der schuldigen Leistung geltend zu machen ist.

Macht der Ersatzpflichtige davon keinen Gebrauch, so behält der Berechtigte seine Ansprüche; er muß aber dann zweifellos bei Rückerlangung der verlorenen Sache dem Pflichtigen die Ersatzsumme, je nachdem ganz oder teilweise, aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückerstatten (§ 812). Das wird als der Natur der Sache entsprechend und nach dem Vorbild des Römischen Rechts (l. 2 D. XII, 7) anzunehmen sein, selbst ohne ausdrückliche Bestimmung, s. auch Planck Nr. 4, Oertmann S. 299, der aber dem Empfänger das Recht gibt, sich durch Herausgabe der Sache zu befreien. Und schon vorher wird der Ersatzpflichtige wenigstens auf Abtretung der Ansprüche klagen dürfen, auch wenn er von dem Zurückbehaltungsrecht aus § 255 keinen Gebrauch gemacht hat. So Oertmann S. 296ff. (von Planck Nr. 4 mißverstanden, s. bes. s. S. 297) Kisch bei Grünhut 29 533, Planck aaO., Kuhlenbeck bei Staudinger Nr. 5, anders Schollmeyer Nr. 4.

Die Wirkung der nach § 255 vollzogenen Anspruchsabtretung ist zweifelhaft; meist läßt man den Ersatzpflichtigen unterschiedslos das Eigentum oder sonstige Recht erwerben, so Cosack, Dernburg, Fischer S. 255, Kipp, Planck Nr. 3. Dagegen Schollmeyer Nr. 3, Oertmann S. 300ff.: das Eigentum verbleibt an sich dem Abtretenden und geht

nur über auf Grund einer erweislichen Absicht der Beteiligten; mangels solcher kann der Ersatzpflichtige, der mit dem abgetretenen Anspruch den verlorenen Gegenstand erlangt hat, nunmehr gegen dessen Angebot den geleisteten Ersatz zurückfordern, wie nach Abs. 2 und mit der dort genannten facultas alternativa des Gegners.

4. Über den Ausdruck **„Verlust einer Sache"** s. Oertmann S. 282 ff., Brückmann ArchBürgR. **23** 359, 327. Es gehören dahin sowohl die Fälle, wo die Sache überhaupt zu Grunde gegangen, als die, wo sie nur im engeren Sinn verloren, dem Besitz des Berechtigten entzogen ist.

Der Ausdruck „Verlust eines Rechtes" ist nicht zweifellos (s. Oertmann S. 303—4); gedacht ist wohl hauptsächlich an die Fälle, wo die den Gegenstand des Rechts oder der Leistung bildende Sache in Verlust geraten ist. Denn bei wahrem Untergang des Rechts selbst wäre ja eine Abtretung des Anspruches daraus nur noch bei Ersatzansprüchen, nicht bei Herstellungsansprüchen möglich. Daneben aber ist wohl auch an solche Fälle zu denken, wo das Recht selbst im wirtschaftlichen Sinne „verloren gegangen", d. h. entwertet worden ist, z. B. ein Agent hat dem von ihm vertretenen Hause schuldhaft zahlungsunfähige Käufer verschafft. Doch ist hier im Falle des § 255 das Recht selbst, nicht nur ein einzelner Anspruch daraus, Gegenstand der Abtretung. So auch Kisch bei Grünhut **29** 532, Planck Nr. 5. — Es liegt kein Grund vor, mit Schollmeyer Nr. 2[b], 3 nur an den Verlust dinglicher Rechte zu denken.

5. Nur die Ansprüche muß der Ersatzberechtigte abtreten, die ihm gerade **auf Grund der verlorenen Sache oder des Rechtes gegen dritte** zustehen, z. B. Eigentums-, Besitz-, Servitutenanspruch. Nicht aber auch die auf Grund besonderer Rechtsbeziehungen zustehenden, z. B. den Anspruch gegen eine Versicherungsgesellschaft. Falsch Weyl, Vorträge S. 328, Scherer zu § 255. Wie hier die meisten, z. B. Planck Nr. 2. Näheres bei Oertmann S. 285 ff.

Dagegen gehören Schadensersatzansprüche, die auf Grund der Rechtsverletzung als solcher entstanden sind, insbesondere nach § 823[1], allerdings zu den nach § 255 der Abtretung unterworfenen Ansprüchen — sie sind mittelbar doch auch auf Grund des Eigentums, wenn schon erst unter Hinzutreten seiner Verletzung entstanden; sie bilden sogar für § 255 eines seiner wichtigsten Anwendungsgebiete. S. Oertmann S. 287—8, Schollmeyer Nr. 3, Dernburg § 34, II b, Kipp zu Windscheid § 258 Nr. 7, Planck Nr. 2, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 3; anders Stammler, Einrede aus dem Rechte eines dritten S. 61.

6. Bei nur **teilweiser Ersatzpflicht** (z. B. die Sache war nur zum halben Wert versichert) greift § 255 natürlich nicht ohne weiteres Platz; es wird aber doch wohl Abtretung eines entsprechenden Teiles der fr. Ansprüche verlangt werden können (also etwa des Eigentumsanspruchs auf die eine ideelle Hälfte). S. Oertmann S. 302—3.

7. Schwierigkeiten ergeben sich für den Fall einer **Mehrheit von Ersatzpflichtigen**, s. dazu Oertmann S. 288 ff., insbesondere, wenn neben dem mittelbaren Verursacher des Schadens, der dafür vertragsmäßig haftet, ein unmittelbarer, deliktisch haftender Verursacher steht. An sich haften beide aufs Ganze. Aber es liegt kein Gesamtschuldverhältnis vor, sondern nur eine sog. unechte Solidarität. Wird der Deliktsschuldner in Anspruch genommen, so kann er nicht Abtretung des Vertragsanspruchs fordern, s. oben Nr. 5, und seine Leistung befreit, da sie den entstandenen Schaden ausgleicht, den Vertragsschuldner, ohne daß von einem Rückgriff, wie nach § 426, die Rede sein könnte. Umgekehrt kann der belangte Vertragsschuldner Abtretung des Anspruchs gegen den Deliktsschuldner, als eines im Sinne des § 255, auf Grund des Eigentums (Rechts) zustehenden Anspruchs, s. oben Nr. 5, begehren. Daraus folgt, daß das Gesetz den Deliktsschuldner nicht durch Leistung des Vertragsschuldners befreit werden läßt, da sonst für eine Abtretung des Anspruchs gegen ihn kein Raum wäre. Insbesondere kann der Versicherer Abtretung der Ansprüche gegen den Brandstifter, Einbrecher, Sach- oder Körperbeschädiger nach § 255 verlangen, Oertmann aaO. So auch die Praxis, s. die Mitteilungen bei Warneyer BGB. zu § 255, besonders RG. 3. V. 1902, JW. **31** B. 245.

§ 256.

Wer zum Ersatze von Aufwendungen verpflichtet ist, hat den aufgewendeten Betrag oder, wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet worden sind, den als Ersatz ihres Wertes zu zahlenden Betrag

von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen. Sind Aufwendungen auf einen Gegenstand gemacht worden, der dem Ersatzpflichtigen herauszugeben ist, so sind Zinsen für die Zeit, für welche dem Ersatzberechtigten die Nutzungen oder die Früchte des Gegenstandes ohne Vergütung verbleiben, nicht zu entrichten.

Eingefügt vom Reichstag: Reichst.-Komm. S. 36.

Literatur: v. Petrazycki, Einkommen **2** 105ff., 163ff., s. auch über den Begriff der Aufwendungen Baring, Sächs.Arch. **14** 459ff., 529ff., 661ff.; Kremer, Mitbürgschaft S. 141.

1. **Prinzip**: Wie dem bisherigen, so gehören auch dem neuen Recht zahlreiche Fälle an, in denen jemand zum Ersatz von Aufwendungen verbunden ist; eine solche Pflicht kann „alle anderen Ansprüche auf die Restitution oder Leistung eines Kapitals begleiten", Petrazycki aaO. S. 105. Beispiele im BGB.: §§ 304, 347, 450, 494–6, 1049, 1266; weitere Aufzählung bei Planck und mit interessanter Gruppenbildung bei Neumann zu § 256. S. auch HGB. § 354 Abs. 1.

Darf dann der Verwendende auch Zinsen des aufgewendeten Betrages verlangen? Die Frage war bisher ziemlich unbeachtet geblieben, und auch die Entwürfe enthielten darüber nur vereinzelte Bestimmungen. Näheres bei Planck aaO. Erst Petrazycki hat sie auf Grund der Quellen des Röm. Rechts (s. nam. l. 67 § 2 D. 17, 2) allgemein bejahend beantwortet, und dem ist das BGB. laut Beschluß der Reichstagskommission gefolgt, s. deren Bericht S. 36. Die Billigkeit erfordere, daß der Aufwendende für den Nutzen, den der Ersatzpflichtige aus den Verwendungen habe, von diesem Vergütung erhalte.

2. Der **Erstattungsanspruch** geht stets auf Geld. Das ist klar, wenn die Aufwendung selbst darin bestand. Es gilt aber nach § 256 auch, wenn andere Gegenstände aufgewendet sind: das ist mit Kremer aaO. ohne weiteres aus dem Wort „Betrag" zu entnehmen. Richtete der Erstattungsanspruch sich hier auf Naturalherstellung, so wäre ein „Betrag", von dem Zinsen berechnet werden könnten, nicht immer vorhanden.

Diese Regelung entspricht auch dem Parteiinteresse. Füttert jemand z. B. ein fremdes Pferd mit Hafer, so wäre es in der Regel sinnlos, wenn er Hafer zurückfordern müßte, für den er vielleicht gar keine Verwendung hat!

3. Aus dem Rechtsgrunde der Vorschrift ergibt sich auch die **Ausnahme** in S. 2. Sie greift z. B. Platz teilweise für den Fall des gutgläubigen Besitzers gegenüber dem Eigentumsanspruch, §§ 987, 93, ferner für den des Nießbrauchers (§ 1049), des Vorerben (§ 2125).

4. Die **Höhe** der Zinsen ist der Regel des § 246 gemäß 4 %.

§ 257.

Wer berechtigt ist, Ersatz für Aufwendungen zu verlangen, die er für einen bestimmten Zweck macht, kann, wenn er für diesen Zweck eine Verbindlichkeit eingeht, Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. Ist die Verbindlichkeit noch nicht fällig, so kann ihm der Ersatzpflichtige, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

E. I 595[3], E. II 601[2], RB. 250. — Mot. S. 542.

1. **Grundsatz.** Die Bestimmung des § 257 entspricht gleichfalls dem bisherigen Recht, s. l. 45 § 5 D. 17, 1. Sie greift Platz z. B. im Falle des Mandats, wenn der Beauftragte im eigenen Namen kontrahiert und sich daher mit einer Schuld belastet hat; er war in E. I und II besonders berücksichtigt, § 595 Abs. 3. Ferner: Geschäftsführer, Gesellschafter, Vormund. Allgemein über die Fälle dieses „Liberationsregresses" handelt v. Tuhr, actio de in rem verso, 1895, S. 82ff. Die Besonderheit liegt darin, daß hier nicht nur für die gemachten Aufwendungen Erstattung, sondern von den bloß übernommenen Verpflichtungen bereits Befreiung verlangt werden kann.

2. Die **Mittel der Befreiung** bleiben dem Gegner überlassen: Zahlung an den dritten, befreiende Schuldübernahme usw. Bare Erstattung des von ihm dem dritten geschuldeten Betrages kann der Regreßberechtigte nicht verlangen, falls er seinerseits noch nicht gezahlt hat.

Durch **Sicherheitsleistung** kann der Verpflichtete den Regreß im allgemeinen nicht abwenden, anders nur gemäß S. 2 vor Fälligkeit der vom Berechtigten übernommenen Verbindlichkeit (Fall der sog. facultas alternativa).

3. Der Regreßanspruch ist trotz des Ausdruckes „Ersatz" keineswegs ein eigentlicher Ersatzanspruch, von einem solchen vielmehr in Voraussetzungen und Inhalt verschieden, Näheres v. Tuhr aaO.

§ 258.

Wer berechtigt ist, von einer Sache, die er einem anderen herauszugeben hat, eine Einrichtung wegzunehmen, hat im Falle der Wegnahme die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen. Erlangt der andere den Besitz der Sache, so ist er verpflichtet, die Wegnahme der Einrichtung zu gestatten; er kann die Gestattung verweigern, bis ihm für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden Sicherheit geleistet wird.

E. I 514², E. II 491², RV. 251. — Mot. S. 394.

Literatur: L. Ruge, Das Wegnahmerecht, Dissert., Berlin 1905.

1. Das **Wegnahmerecht (ius tollendi)** des zur Herausgabe Verpflichteten ist im BGB. in mehrfachen Anwendungsfällen anerkannt, so für den Mieter (auf den sich in den Entwürfen die jetzt verallgemeinerte Bestimmung des § 258 allein bezog), § 547; ferner für den Pächter, § 581; Wiederverkäufer, § 500; Entleiher, § 601; Besitzer bei der Eigentumsklage, § 997; Nießbraucher, § 1049; Pfandgläubiger, § 1216; Vorerben, § 2125.

2. **Begriff der Einrichtung.** Man wird darunter — so auch Ruge S. 67 — eine solche Verwendung verstehen, die sich in der Anbringung eines neuen **Bestandteils** an der damit versehenen Sache in sinnlich wahrnehmbarer Weise äußert, besonders, aber nicht nötig, bauliche Einrichtungen: Veranden, Öfen, aber auch Zentralheizungs-, Beleuchtungsanlagen, elektrische Klingeln usw. Zweifelhaft ist nur, ob bloß eingefügte wesentliche oder auch unwesentliche Bestandteile eine Einrichtung darstellen können. Bei der zweiten, weiteren Anschauung würde dem Verwendenden, der alsdann in der Regel Eigentümer der unwesentlichen Einrichtung geblieben wäre, sein Recht auf ihre Wegnahme nicht erst verliehen, sondern umgekehrt beschränkt. Gegen diese, übrigens wohl vorherrschende, Ansicht Ruge aaO., m. E. ohne zwingende Gesichtspunkte: der innere Grund für die in § 258 enthaltene Kostenbelastung des Wegnehmenden dürfte davon, ob die Einrichtung wesentlicher Bestandteil geworden ist, nicht berührt werden, und § 258 gewährt nicht das Wegnahmerecht, sondern setzt es voraus, ohne darauf abzustellen, ob der Anspruch ein dinglicher oder persönlicher sei. Wie Ruge auch wohl schon Kipp-Windscheid I S. 886 unter d.

Ein „Aneignungsrecht" im Sinne des § 997 ist sonach mit dem Wegnahmerecht jedenfalls nicht notwendig verbunden, sondern nur, wenn die „Einrichtung" Eigentum des Anspruchsgegners geworden war; an sich ist es nur ein „Trennungsrecht" (s. über diese Begriffe näher Ruge S. 80 ff.).

3. **Geltendmachung**: Das Recht ist im Gegensatz zum RR. nicht nur durch Einrede (exceptio doli), sondern auch in der Offensive geltend zu machen, jedoch steht dem Anspruch die in S. 2 angegebene Einrede der mangelnden Sicherheit entgegen. Dagegen ist eine besondere Sicherheitsleistung dem Besitzer vor Herausgabe der Sache nicht auferlegt; er haftet indes nicht nur nach den allgemeinen Grundsätzen wegen Beschädigungen der Sache, sondern muß schlechthin die Kosten der Wiederherstellung tragen und nötigenfalls dem Gegner erstatten.

Ist die Wiederherstellung nicht möglich, so wird nach Analogie des § 249 eine Pflicht zur Geldentschädigung an die Stelle treten, denn die Pflicht aus § 258 ist materiell einer, nur gegenständlich eingeschränkten, Ersatzpflicht gleich. So auch

Planck Abs. 2, während Schollmeyer Abs. 2 das Wegnahmerecht hier entfallen läßt. Dinglich ist der Anspruch aus S. 2 an sich nicht (so richtig Ruge S. 94 gegen Endemann II S. 328 Anm. 7); er richtet sich zunächst nur gegen den Herausgabeberechtigten im Sinne von S. 1 und dessen Erben. Anders aber, wenn die Einrichtung nur unwesentlicher Bestandteil geworden war.

§ 259.

Wer verpflichtet ist, über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung Rechenschaft abzulegen, hat dem Berechtigten eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder der Ausgaben enthaltende Rechnung mitzuteilen und, soweit Belege erteilt zu werden pflegen, Belege vorzulegen.

Besteht Grund zu der Annahme, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden sind, so hat der Verpflichtete auf Verlangen den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er nach bestem Wissen die Einnahmen so vollständig angegeben habe, als er dazu im stande sei.

In Angelegenheiten von geringerer Bedeutung besteht eine Verpflichtung zur Leistung der Offenbarungseides nicht.

E. I 591[2], E. II 698, RV. 252. — Mot. S. 537—8, Prot. II S. 358 ff., 779 ff., D. S. 69—70.

Begründung des Anspruches 3, 5.
Entlastung 4.
Ergänzung d. Rechnung 3.
Folgen d. Nichtleistung des Eides 7.
Klageverbindung 8.
Offenbarungseid 5, 7.
Ordnungsmäß. Rechnung 2.
Verpflichtung z. Rechnungslegung 1.

Literatur: Bähr in Iherings Jahrbücher **13** 251 ff.; Isay, Geschäftsführung S. 128 ff.; Treitel im ArchBürgR. **14** 1 ff. Vgl. auch altes HGB. Art. 270 und dazu Staub Aufl. 5 S. 701/2, s. jetzt auch Staub Aufl. 6/7 zu § 384 S. 1428—9; ferner ZPO. §§ 254, 889.

1. **Fälle:** In zahlreichen Fällen ist im BGB. eine Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung anerkannt, z. B. gegenüber dem Beauftragten, § 666; Geschäftsführer, § 681; Gesellschafter, § 713; Ehemann, §§ 1421, 1546; Vater, §§ 1667, 1681; Vormund, § 1890; weitere Fälle siehe in den Handausgaben und bei Planck.

Das Gemeinsame dieser Fälle scheint zu sein, daß es sich dabei um eine ganz oder doch auch im Interesse anderer unternommene Geschäftsführung handelt; daher hat z. B. der tantièmeberechtigte Arbeiter gegenüber dem Chef schwerlich Anspruch darauf, s. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 223 ff.; System I § 137.

Zweifelhaft ist das Verhältnis der Rechenschaftsablegung zu der gleichfalls wiederholt (§§ 259 Abs. 1, 261, 2218 Abs. 2) erwähnten Rechnungslegung. Einige wollen beides gleichgestellt wissen (so Treitel aaO. S. 1 ff., 41 und meine Aufl. 1); die meisten aber machen mit mehr Recht dazwischen einen Unterschied: Rechenschaftsablegung ist danach der weitere Begriff, Rechnungslegung die Art und Weise, wie man in bestimmten Fällen dieser Pflicht nachkommt, besonders dann, wenn die Rechenschaft speziell über eine mit Einnahmen, Ausgaben oder beidem verbundene Verwaltung abzulegen ist. So vorzüglich Rehbein S. 70 mit Judikatur; Goldmann-Lilienthal S. 304 Anm. 3. Über den Begriff der Rechenschaftslegung auch Schollmeyer Nr. 1.

2. Mit der Rechenschaftslegung ist zwar nicht immer, aber unter den Voraussetzungen des Textes Abs. 1 als hauptsächlicher Bestandteil eine **Rechnungslegung** verbunden. Was zu einer ordnungsmäßigen Rechnung gehört, ergibt sich aus dem Zwecke des einzelnen Rechtsverhältnisses; insbesondere kann über die zu beobachtende Form, die größere oder geringere Ausführlichkeit, nur von Fall zu Fall entschieden werden.

Das gilt namentlich auch von den Belegen, wozu Planck Nr. 2 zutreffend bemerkt, daß über kleinere Posten, wie Porti, Trinkgelder, solche nicht erteilt zu werden pflegen. Anders aber z. B. bei Hotelrechnungen, Staub zu § 59 Anm. 31. S. über den Begriff und die Erfordernisse der Rechnungslegung auch RG. Bd. 53 Nr. 64 S. 254, OLG. Marienwerder bei Seuffert 60 Nr. 184 S. 347.

3. **Ergänzung**: Genügt die Rechnung nicht, so kann auf Ergänzung geklagt werden; nicht aber ist die unvollständige Rechnung völlig unbeachtlich, s. ROHG. 7 Nr. 24 S. 92: „Die bloße Behauptung der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit ist überhaupt nicht zu beachten, vielmehr ist die Angabe der unrichtigen oder fehlenden Posten mit genauer Begründung der erhobenen Beanstandung erforderlich, um die Rechnung zu befektieren." Gareis-Fuchsberger, Kommentar zum HGB. S. 583 No. 58, Staub aaO. Aufl. 5.

4. **Entlastung**: Nach gelegter Rechenschaft kann der Verpflichtete vom Gegner Entlastung (Decharge) fordern, s. darüber Dernburg § 40, der darin wohl mit Recht nicht nur eine Anerkennung des Nichtbestehens weiterer Ansprüche sieht, sondern einen Verzicht auf solche. Es bleibt dagegen dann nur noch die Möglichkeit einer Anfechtung des Entlastungsaktes nach Maßgabe der allgemeinen Regeln.

5. Entsprechendes gilt von dem in Abs. 2 anerkannten **Anspruch auf Leistung des Offenbarungseides**; auch er kann nicht auf bloße Behauptungen gestützt werden, sondern es muß ein objektiver Grund zur Annahme inkorrekter Angaben bestehen.

Der Eid kann ferner nur erfordert werden wegen der Angaben in der Rechnung, nicht der gesamten Rechenschaftsablegung; ferner nur wegen der Einnahmen, nicht auch wegen der Ausgaben und Belege; endlich laut Abs. 3 nicht bei Angelegenheiten von geringerer Bedeutung. Denn unnötige Eide sollen tunlichst vermieden werden.

Die Vorschriften des § 259 beziehen sich nicht nur auf die Form des Eides, sie handeln vielmehr vom Inhalt der Leistungspflicht selbst, s. RG. Bd. 56 Nr. 56 S. 222ff.

5. Über die Ableistung des Eides selbst s. § 261.

6. **Wird der Eid nicht geleistet**, so kann darauf geklagt werden. Wird auch das Urteil nicht befolgt, so vollzieht sich die Vollstreckung nach ZPO. §§ 888—9, nicht aber nach den nur vom prozessualen Offenbarungseid handelnden §§ 899ff. S. auch Erk. des RG. Bd. XI Nr. 104 S. 397, Motive zur ZPO. S. 443, Seuffert, Kommentar zu §§ 888 und 893.

7. Mit der Klage auf Rechnungslegung oder den Offenbarungseid kann die auf **Herausgabe** des vom Pflichtigen auf Grund derselben zu Leistenden verbunden werden, s. für diesen Fall § 254 ZPO., wonach dabei die bestimmte Angabe der zu fordernden Leistungen vorbehalten werden kann. Alsdann erfolgt zunächst die Entscheidung über die erstgedachten Ansprüche durch Teilurteil, der Prozeß wird auf die nunmehr bestimmt anzugebenden geforderten Leistungen fortgesetzt.

Daß sich voraussichtlich für den Geschäftsherrn ein Überschuß ergeben würde, ist nicht als Voraussetzung dieses Anspruches zu erachten.

§ 260.

Wer verpflichtet ist, einen Inbegriff von Gegenständen herauszugeben oder über den Bestand eines solchen Inbegriffs Auskunft zu erteilen, hat dem Berechtigten ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen.

Besteht Grund zu der Annahme, daß das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist, so hat der Verpflichtete auf Verlangen den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er nach bestem Wissen den Bestand so vollständig angegeben habe, als er dazu im stande sei.

Die Vorschrift des § 259 Abs. 3 findet Anwendung.

E. I 777[1], E. II 699, RV. 253. — Mot. S. 893—5, Prot. II S. 779ff. D. S. 71. S. auch ZPO. §§ 254, 889.

1. **Fälle:** Die Verpflichtung zur Herausgabe eines Inbegriffs oder zur Auskunftserteilung darüber findet sich in zahlreichen Fällen, sei es auf Grund persönlicher oder dinglicher Ansprüche, so namentlich beim Pächter, Nießbraucher, dem mit der Eigentumsklage belangten Besitzer eines Landgutes oder einer sonstigen universitas. S. auch §§ 314, 419, 667, 681, 713, 2374, andere Fälle in der Denkschrift S. 71. — Pflicht zur Auskunftserteilung z. B. in den §§ 2011/2, 2057, 2127, 2314, 2362.

Als Ausfluß dieser Herausgabepflicht ordnet § 260 eine **Verzeichnispflicht** an; jene erscheint somit als Voraussetzung für das Vorhandensein dieser, RG. ZS. IV vom 6. IV. 03 bei Gruchot 47 911.

2. Unter einem **Inbegriff** ist nicht nur eine Sachgesamtheit (Herde, Bibliothek) oder gar ein Sondervermögen (Erbschaft) zu verstehen, sondern „jede Mehrheit von Gegenständen, bei welcher der Beteiligte nach der Natur des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses nicht in der Lage ist, die einzelnen Dinge zu bezeichnen", Denkschr. aaO.; z. B. der Fall des Bankiers, der für mich eine Anzahl Wertpapiere gekauft hat und aufbewahrt.

Nicht dagegen ist ein Inbegriff in diesem Sinne dann vorhanden, wenn jemand sich zur Lieferung einer individuell bestimmten Mehrheit von Stücken verpflichtet hat, OLG. Hamburg bei Seuffert 60 Nr. 96 S. 188ff. Alsdann bedarf es ja zur Geltendmachung des Anspruches nicht der in § 260 angegebenen vorbereitenden Maßnahmen.

Andererseits genügt zur Annahme eines Inbegriffs sowohl die Möglichkeit, die Mehrheit der herauszugebenden Stücke mit einem gemeinsamen Namen zu bezeichnen (RG., Rspr. OLG. V S. 154) als auch der bloße Umstand, daß die mehreren sonst vielleicht heterogenen Gegenstände auf Grund eines einheitlichen Rechtsverhältnisses herauszugeben sind, RG. bei Gruchot aaO. (oben Nr. 1). Der bloße Umstand eines Eigentums des Ehemannes an den im Besitz seiner Frau befindlichen Sachen soll freilich eine solche Einheitlichkeit nicht begründen. Mit Recht: denn ein Gesamteigentumsverhältnis an einer Mehrheit von Sachen ist dem geltenden Recht unbekannt.

Immer muß die Pflicht auf Herausgabe des Inbegriffs als eines solchen gehen, mit anderen Worten, sie muß auf demselben Rechtsgrund beruhen. Ist jemand aus gesonderten Rechtstiteln zur Herausgabe von mehreren Gegenständen verpflichtet, so bilden diese auch trotz Wahrung der bisher angeführten Voraussetzungen keinen Inbegriff.

3. Den Anspruch hat nur der **„Berechtigte"**, nicht auch der etwaige sonstige Interessent, Mot. S. 894.

4. **Erinnerungen** gegen das eingereichte Verzeichnis kann der Berechtigte nicht im Klagewege geltend machen, vielmehr regelt Abs. 2 die Folgen einer wirklichen oder vermutlichen Ungenauigkeit des Verzeichnisses ausschließend: es entsteht also nur ein Anspruch auf den Offenbarungseid. So mit Recht Schwiening, DJZ. **01** 551.

5. Über die **Voraussetzungen des Offenbarungseides** und die Folgen seiner Verweigerung, s. Bem. 4—6 zu § 259. Besondere Vorschriften über den vom Erben über das angefertigte Inventar zu leistenden Eid gibt § 2006 Abs. 2.

§ 261.

Der Offenbarungseid ist, sofern er nicht vor dem Prozeßgerichte zu leisten ist, vor dem Amtsgerichte des Ortes zu leisten, an welchem die Verpflichtung zur Rechnungslegung oder zur Vorlegung des Verzeichnisses zu erfüllen ist. Hat der Verpflichtete seinen Wohnsitz oder seinen Aufenthalt im Inlande, so kann er den Eid vor dem Amtsgerichte des Wohnsitzes oder des Aufenthaltsorts leisten.

Das Gericht kann eine den Umständen entsprechende Änderung der Eidesform beschließen.

Die Kosten der Abnahme des Eides hat derjenige zu tragen, welcher die Leistung des Eides verlangt.

E. I 777², E. II 700², RB. 254. — Mot. S. 895, Prot. II S. 788—94, D. S. 71—2. S. auch ZPO. § 889, Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit § 163.

1. Zur Abnahme des Offenbarungseides ist **zuständig** nach einem vorgängigen Urteil das Prozeßgericht erster Instanz, ZPO. § 889; sonst, bei freiwilliger Eidesleistung, das in Abs. 1 angegebene Gericht. Welches das sei, bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln vom Erfüllungsort, § 269.

2. In den Fällen des **Satzes 2** bleibt an sich die Zuständigkeit dieselbe; nur gewinnt der Schuldner eine facultas alternativa.

3. Die Eidesleistung dient dem einseitigen Interesse des Berechtigten; daher die den allgemeinen Grundsätzen widersprechende Regelung der Kostenfrage. Diese bezieht sich übrigens nicht auf den Eid nach vorgängigem Urteil; seine Kosten belasten den Schuldner wenigstens dann, wenn er den Eid nicht rechtzeitig leistet, sondern es zur Anwendung von Zwangsmitteln nach ZPO. § 888 kommen läßt; die Kostenlast als solche trifft ihn freilich auch hier nicht (anders Aufl. 1).

Vorbemerkung zu §§ 262/5.

Literatur: a) ältere: Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen, 1878; Pescatore, die alternative Obligation 1880. b) neuere: Litten, Die Wahlschuld, 1903; Pescatore, Die Wahlschuldverhältnisse, 1905 (hier zitiert als „Pescatore"); Chamizer, Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld, Dissert. 1902; Langheineken, Anspruch S. 193 ff.; Fr. Leonhard, Iherings Jahrb. 41 1 ff.

1. Die §§ 262/5 behandeln den in Rom anscheinend häufigen, aber auch heute, wie Pescatore erwiesen hat, praktisch nicht unwichtigen Fall der **Wahlschuld, alternativen Obligation**, z. B. jemand verspricht den Hengst Hektor oder die Stute Bellona; ferner häufig bei Eisenbahnfahrkarten und -scheinheften, die dem Reisenden die Wahl zwischen mehreren Linien, bei Menus, die dem bestellenden Gaste die Wahl zwischen verschiedenen Speisesorten offen lassen, Pescatore S. 4 ff.

Die mit derartigen Abreden verfolgten Zwecke sind denkbar verschieden; wenn Litten die beiden Gesichtspunkte des Versicherungs- und Wahlzwecks hervorhebt, so trifft das vielleicht viele, aber keineswegs alle möglichen Fälle, Pescatore S. 28—9; vielfach spielt bei alternativen Versprechen die bloße Rücksicht auf die eigene oder des Gegners Bequemlichkeit die Hauptrolle.

Daraus folgt, daß auch in der Beurteilung der einschlägigen Fälle Vorsicht geboten und eine schematische Betrachtungsweise höchst gefährlich ist.

Die Konstruktion ist schwierig und bestritten. Bernstein läßt den Gegenstand „pendent" sein, sei es resolutiv, sei es suspensiv. Für die Pendenz des Schuldgegenstandes auch Litten S. 78 (resolutive bei Gläubiger-, suspensive bei Schuldnerwahlrecht). Gegen beide Pendenztheorien entschieden Pescatore S. 131, 305. Sie sind in der Tat verkünstelt und entbehrlich, wenn auch die in § 263 Abs. 2 anerkannte rückwirkende Kraft der Wahl eine gewisse Anlehnung an die resolutive Pendenztheorie darstellen möchte. Aber die „Ungewißheit", die „Schwebe" beziehen sich keineswegs auf das Objekt der Schuld, vielmehr nur auf das der künftigen Leistung; geschuldet sind alle in Frage kommenden Stücke, allerdings so, daß die Leistung eines einzigen die ganze Schuld tilgt.

Ebensowenig ist die Lehre empfehlenswert, die bei der Wahlschuld eine Mehrheit von Schuldverhältnissen, die in einem gegensätzlichen Bedingungsverhältnis stehen (so Adickes, Lehre von den Bedingungen) oder doch eine Mehrheit aus derselben causa entspringenden, sich in der Realisierung ausschließenden Ansprüche annimmt (so Hellwig, Anspruch S. 101 Anm. 2, dagegen Enneccerus S. 417, Litten S. 75). Und auch die vermittelnde Lehre von Pescatore S. 70, 132, 134 und Langheineken, Anspruch S. 194 ff., wonach zwar nicht bei der mit Schuldner-, wohl aber bei der mit Gläubigerwahlrecht versehenen Wahlschuld eine Mehrheit von Ansprüchen anzuerkennen ist, erweckt Bedenken. Das Gesetz spricht überall von einem „Schuldverhältnis", dessen Inhalt sich bei Unmöglichkeit der einen Leistung bloß modifizieren soll, § 265. Von einer grundverschiedenen Gestaltung je nach der Person des Wahlberechtigten ist nichts erfindlich — wenn § 264 Abs. 2 das Wahlrecht des Gläubigers unter Umständen auf den Schuldner einfach übergehen läßt, so kann das vom Standpunkt Pescatores aus nicht oder nur unter Zuhilfenahme höchst komplizierter Rechtsverwandlungen erklärt werden. Warum soll der Gläubiger vor Ausübung seines — vielleicht noch befristeten — Wahlrechts nicht alternativ klagen können, was ihm doch die Gegner verwehren müßten?

Somit liegt in Wahrheit nichts vor als ein einziges Schuldverhältnis mit nur besonders geartetem, eben „alternativem", Inhalt. Folgerecht kann auch nicht nur das zu leistende Objekt alternativ bestimmt sein, sondern ebensogut die Modalitäten der Leistung (Zeit, Ort, s. dazu Pescatore S. 140, Langheineken, Anspruch S. 207); die alternativen Leistungsobjekte können ferner sowohl speziell bestimmt sein wie gattungsmäßig (so eine Geldschuld unter der Herrschaft des Bimetallismus); s. auch den reichsgerichtlichen Fall bei Seuffert 60 Nr. 204 S. 385 (es sollen Waren zu dem Einkaufs- oder den Tagespreisen übernommen werden).

2. **Ähnliche Fälle:** Von den alternativen Schuldverhältnissen sind zu scheiden folgende nur äußerlich verwandte Fälle:

a) Der Kauf mit der sog. Spezifikationsklausel, s. darüber unten zu § 295; bei ihm stehen nicht mehrere in Frage kommende Leistungsobjekte in einem gegensätzlichen Verhältnis, sondern es liegt ein einheitlicher, nur noch weniger als normal individualisierter, erst durch weitere Bestimmung zu fixierender Inhalt vor. Anders Pescatore S. 141, der dabei Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht annimmt.

b) die facultas alternativa, s. dazu Langheineken, Anspruch 201 ff.; Siber, Rechtszwang S. 64 ff.; Weitz, Diss. Erlangen 1904; Pescatore S. 258 ff., 280 ff.

α) Sie kommt jedenfalls vor mit Wahlrecht des Schuldners, s. die Beispiele bei Pescatore S. 288 ff., so in §§ 244 Abs. 1, 251 Abs. 2, 261 S. 2, 617 Abs. 1 S. 2, 1492, 1973 Abs. 2, 2329 Abs. 2. Nur auf diesen Fall paßt der von Siber vorgeschlagene Ausdruck „Lösungsbefugnis". Hier liegt überall nur ein Anspruch mit bestimmtem Inhalt vor; das andere Objekt hat nur die Bedeutung, daß der Schuldner sich auch durch dessen Leistung von der auf das eine gerichteten Schuld befreien kann. Dabei geht das Wahlrecht in der Regel noch nicht durch bloße Erklärung unter, sondern erst durch tatsächliche Leistung des einen oder anderen Gegenstandes (Siber S. 64, Weitz S. 60). Ist dieser freilich mangelhaft, so kann sich der Leistende nun nicht mehr von den Haftungsfolgen durch Zurückgreifen auf den andern losmachen. Geht das Schuldobjekt unter, so ist — anders als bei Wahlschulden nach § 265 — der Schuldner frei, soweit er nicht nach allgemeinen Grundsätzen den Untergang zu vertreten hat. In diesem Fall verbleibt ihm aber in der Regel die facultas alternativa auch gegenüber der nunmehrigen Ersatzschuld, wenigstens soweit diese nur auf das Erfüllungs- und nicht auf sonstiges Interesse (z. B. bei „positiven Vertragsverletzungen" gerichtet ist. Ebenso ändert es in der Regel an der Lösungsbefugnis nichts, wenn an Stelle des alten Schuldinhalts das Surrogat gemäß § 281 getreten ist. Der Untergang des nur zur Lösung dienenden Objektes übt auf die Leistungspflicht keinen Einfluß; es entfällt nur die facultas alternativa. Wegen des Irrtums bei der Auswahl s. Siber S. 69, Weitz 69 ff.

β) Ob die facultas alternativa auch mit Gläubigerwahlrecht vorkomme, ist bestritten; dafür die meisten nach dem Vorgang von Regelsberger, Iherings Jahrb. 16 159 ff., neuestens Langheineken, Anspruch S. 211, Litten S. 96 ff., dagegen Siber aaO. und besonders Pescatore S. 258 ff., der die angeblichen Fälle zu den Wahlschulden mit Gläubigerwahlrecht zählt und nur in diesem oder jenem Nebenpunkt darin Besonderheiten anerkennt, S. 277, 279. Richtig ist, daß manche der von den Anhängern des Begriffes angeführten Fälle problematisch sind (so §§ 340, s. Bem. dazu, 250, 283 Abs. 1 und viele andere der bei Pescatore S. 264 ff. aufgestellten Liste); es bleiben aber andere übrig, die sich schwerlich anders als im Sinne der herrschenden Lehre erklären lassen, so besonders §§ 249 S. 2, 843 Abs. 3, 844 Abs. 2, 845, 1580 Abs. 2, und die begriffliche Selbständigkeit der facultas alternativa würde auch bei Mangel eines positiven Anwendungsfalles im geltenden Recht nicht widerlegt. Das Wesen unserer Fälle besteht darin, daß der Gläubiger nur einen Anspruch bestimmten Inhalts besitzt — nicht wie Langheineken will, zwei Ansprüche, von denen der zweite auflösend bedingt ist durch Befriedigung des ersten — aber das Recht hat, dem ursprünglich geschuldeten Objekt durch Erklärung ein anderes zu substituieren. Und zwar steht ihm dieses Recht im Zweifel bis zur Leistung des Schuldobjektes zu, während die Ausübung der Substitutionsbefugnis mindestens im Zweifel den Anspruch auf das alte Schuldobjekt beseitigt (Regelsberger S. 175). Zufälliger Untergang des letzteren vor ihrer Ausübung befreit den Schuldner, da es fortan an einem unänderbaren Schuldverhältnis fehlt. So auch Litten S. 10 und die bei Pescatore S. 275 Anm. 23 Zitierten, anders freilich, entsprechend seiner Konstruktion, Langheineken S. 211, sowie Regelsberger S. 167, Weitz S. 86—8, im wesentlichen auch Pescatore S. 275.

c) das Wahlrecht des Gläubigers zwischen zwei ganz verschiedenen Ansprüchen, z. B. dem Wandlungs- und Minderungsanspruch, § 462. Der Unterschied ist unzweifelhaft nach der oben vertretenen Lehre, wonach die Wahlschuld überall nur einen, alternativ bestimmten, Anspruch darstellt; dagegen ist die Unterscheidung schwierig, ja problematisch vom Standpunkt derer aus, die auch bei der Wahlschuld eine Mehrheit von Ansprüchen annehmen. So rechnen denn in der Tat viele den § 462 zu den Fällen der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht, z. B. Langheineken S. 200, 245, Litten S. 117 ff., Pescatore S. 156. Anders Enneccerus S. 603—4, Planck zu § 465 Nr. 1 Abs. 2, Kuhlenbeck-Staudinger Vorb. 6, weitere Angaben bei Langheineken S. 200 Anm. 3.

d) Auch die Gattungsschuld (s. § 243) kann der Wahlschuld ähnlich auftreten und die Scheidung schwierig erscheinen lassen, s. dazu Litten S. 90 ff., Pescatore S. 149 ff. Es dürfte darauf ankommen, ob bei Begründung der Schuld eine sofort übersehbare — wenn auch nicht notwendig von den Parteien wirklich übersehene — Mehrheit von Wahlmöglichkeiten vorlag oder nicht. Alsdann liegt eine Wahlschuld selbst dann vor, wenn die eine oder andere Wahlmöglichkeit ihrerseits nur eine gattungsmäßige Bestimmtheit des Gewählten ergibt. Ferner überwiegt für den typischen Zweck der Gattungsschuld die Gleichartigkeit der möglicherweise zur Leistung verwendbaren Stücke, während bei der Wahlschuld diese in einem mehr oder minder gegensätzlichen Verhältnis stehen.

Von der bedingten unterscheidet sich die Wahlschuld dadurch, daß nicht ihre Existenz, sondern nur ihr Leistungsobjekt noch unbestimmt ist.

e) Ganz verschieden von der Wahlschuld sind ferner solche Fälle, wo die eine oder andere Partei zwar die Wahl hat zwischen mehreren Alternativen, von denen aber die eine oder andere oder beide keinen Anspruch darstellen (s. Langheineken S. 214, Litten S. 116), so bei Konkurrenz zwischen Ersatzanspruch und Rücktrittsrecht, zwischen Anspruch und Einwendung (§ 538), zwischen mehreren Rechten des rechtlichen Könnens. Auch dann liegt keine Wahlschuld vor, wenn eine Partei zwischen mehreren Vertragsarten die Wahl hat (s. Gaius III § 146, Endemann S. 667, Zitelmann, Irrtum S. 503—4); denn es fehlt alsdann an zwei Alternativen im selben Schuldverhältnis. Besteht endlich von beiden „Alternativen" die eine im Eintritt, die andere im Nichteintritt eines Rechtserfolges, so hat rechtlich nur die eine Interesse; es hat also keinen Sinn, von Wahlverhältnissen zu reden.

f) Dagegen schadet es dem Begriff der Wahlschuld nichts, wenn je nach der Entscheidung auch die der Leistung gegenüberstehende Gegenleistung verschieden bestimmt ist, Pescatore S. 144.

3. Die hier gegebenen Regeln gelten im allgemeinen für alle Fälle der alternativen Schuldverhältnisse; besonderes ist bestimmt für das Wahlvermächtnis § 2154.

§ 262.

Werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist, so steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu.

E. I 207, E. II 219, RV. 255. — Mot. S. 6—7, Prot. S. 282.

1. Daß das Wahlrecht unter den mehreren alternativ bestimmten Objekten im Zweifel dem Schuldner zustehe, hat das BGB. als Gemeingut aller bisherigen Rechte übernommen. Die Rechtfertigung dafür liegt darin, daß der Schuldner nicht weiter gebunden sein kann, als vereinbart oder sonst bestimmt ist, Pescatore S. 46, keineswegs aber darin, daß im Leben diese Fälle überwögen und daher im Zweifel zu unterstellen seien. Vielmehr ist, wie Pescatore S. 20—1 erwiesen hat, wohl eher das Gegenteil der Fall (so im Eisenbahn- und Wirtshausbetrieb). In zahlreichen Fällen legt das Gesetz besonders dem einen oder andern das Wahlrecht bei, s. die Aufzählung bei Pescatore S. 151 ff., 155 ff.

Allgemein ist nur zu bemerken:

a) bei Mehrheit der Schuldner kann jeder, wie er leisten kann, so auch wählen. Jedoch werden gemäß §§ 421 S. 2, 422 die andern noch nicht dadurch, sondern erst durch Erfüllung seitens des Wählenden befreit; bis dahin schulden sie jedenfalls auch noch alternativ.

Ist die Leistung nur durch alle zusammen auszuführen, so werden sie sich behufs Ausübung des Wahlrechts einigen müssen.

b) Auch ein dritter kann durch Vornahme der einen oder der andern Leistung gemäß § 267 die Konzentration bewirken. Aber er kann das nicht ohne Leistung durch bloße Erklärung, denn er darf natürlich nicht, ohne den Gläubiger zu befriedigen, in dessen Gerechtsame eigenmächtig beschränkend eingreifen, s. Mot. S. 7.

2. Das Wahlrecht kann dem Gläubiger durch Vertrag oder besondere gesetzliche Bestimmung zugebilligt werden; ebenso auch einem dritten (s. dazu §§ 317/9; E. I § 212 hatte das besonders hervorgehoben). Daß indes § 262 nicht einmal eine Dispositivnorm, sondern nur eine Auslegungsvorschrift (über den Unterschied s. Stammler S. 55ff.) sei (so Aufl. 1), dürfte schwerlich zutreffen, s. dagegen Stammler S. 78, Pescatore S. 155/6 (mit weiteren Angaben), schon deshalb nicht, weil er nicht nur bei rechtsgeschäftlichen Wahlschulden Platz greift.

3. „Das Wahlrecht ist kein höchstpersönliches Recht, sondern geht als eine Qualität des Schuldverhältnisses auf die Rechtsnachfolger über", Mot. S. 6, Planck Nr. 3. Also auf Erben, Schuldübernehmer, Zessionar.

4. Wer hat bei gegenseitigen Verträgen das Wahlrecht? Stellt nur die eine Seite des Verhältnisses eine Wahlschuld dar, dann der Schuldner derselben, also der Käufer bei alternativer Preisbestimmung (Seuffert 60 Nr. 201 S. 385); sind aber beide Verpflichtungen alternativ bestimmt, so kann § 262 nicht zur Anwendung kommen; es entscheiden vielmehr allein die besonderen Umstände des Einzelfalles; z. B. ist zu untersuchen, in wessen Interesse und auf wessen Antrieb die Wahlklausel eingefügt ist. Beim Kauf wird das meist der Käufer, bei der Miete der Mieter sein.

§ 263.

Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile. Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete.

E. I 208—9, E. II 220, RV. 256. — Mot. S. 7—8, Prot. S. 282.

Literatur: Pescatore, Wahlschuld S. 174ff.; F. Leonhard, Iherings Jahrb. **41** 1ff.; Pistory, Diss. Erlangen 1902.

1. Die **Ausübung des Wahlrechts** erfolgte, von der tatsächlichen Leistung abgesehen, in Rom nur durch neue zweiseitige Abrede. Dagegen ließen die modernen Rechte, so das Preußische und Sächsische (§ 699), die Wahl schon durch einseitige Erklärung vollzogen werden, was nach Ihering (Jahrb. 1 S. 31) auch für das heutige Gemeine Recht gelten sollte. Dem folgt nunmehr das BGB., Abs. 1.

Übrigens ist, wie Pescatore überzeugend nachgewiesen hat, die Bedeutung der „Wahl" in alter und neuer Zeit vielfach in scholastischer Weise überschätzt worden. In vielen Fällen hat der Wahlberechtigte nach dem zu unterstellenden Parteiwillen gar nicht das Recht, vor der Leistung bereits eine Konzentration durch Wahl herbeizuführen, besonders da nicht, wo die Schuld auf ein Handeln im engeren Sinne (facere) geht, Pescatore S. 27, 175ff.; möglicherweise ist auch die Erklärung nur als unverbindliche wirksam (S. 179).

Ähnlich schon Enneccerus S. 420, der darauf hinweist, daß der wahlberechtigte Schuldner nicht unterschiedslos durch Ausübung der Wahl dem Gegner die Gefahr aufbürden dürfe.

Bei dem offenbar nachgiebigen Charakter des § 263 läßt das Gesetzbuch für derartige Vertragsauslegungen genügenden Spielraum. Darüber hinaus wird man den Satz verteidigen dürfen, daß eine Wahlerklärung, die nur den Zweck der Gefahrüberbürdung, oder doch kein nachweisliches sonstiges Interesse verfolgt, überhaupt unwirksam ist.

2. Die **Wahlerklärung:**

a) Sie ist eine einseitige, aber wenigstens grundsätzlich empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne von § 130; das ergibt der Wortlaut von Abs. 1. Doch darf das Erfordernis der „Empfangsbedürftigkeit" nicht überspannt werden, wenn man nicht zu unerträglichen Folgerungen gelangen will, s. die Beispiele bei Pescatore S. 182—3. Zu einer angemessenen Behandlung führt wiederum die Erwägung, daß § 263 einen nachgiebigen Rechtssatz darstellt; man kann in den meisten von P. mitgeteilten Fällen ruhig unterstellen, daß es nach dem aus der konkreten Sachlage

zu entnehmenden vermutlichen Parteiwillen auf eine besondere Wahlerklärung nicht ankommen oder die abzugebende doch nicht mitteilungsbedürftig sein solle (z. B. ein Mittagsgast hat das Recht, sich von einem der auf der Tafel stehenden Liköre ein Glas als Zugabe zur Mahlzeit einzuschenken).

b) Die Erklärung kann ausdrücklich wie stillschweigend erfolgen. Eine stillschweigende Erklärung kann man z. B. meist in der Klaganstellung durch den wahlberechtigten Gläubiger, in der Vornahme der Leistung, ja selbst in der bloß teilweisen Leistung des einen der alternativ geschuldeten Objekte finden. Und zwar wird dazu in der Regel Absendung genügen, es sei denn, daß der Erfüllungsort beim Gegner ist; dies nach der wohl zwingenden Analogie des § 243. Endlich kann auch wohl in der Annahme des vom Gegner angebotenen einen Leistungsobjektes durch den Wahlberechtigten in der Regel eine stillschweigende Wahlerklärung gefunden werden; so besonders Entw. I § 208 Abs. 2.

c) Ob die Wahlerklärung eine **Bedingung** oder sonstige Einschränkung vertrage, ist zweifelhaft; dagegen grundsätzlich Leonhard S. 57 ff. (anders nur bei besonderem Interesse des Erklärenden), Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte S. 127 (wegen des „rechtlichen Interesses an der Bestimmtheit"), Pescatore S. 198 ff., Planck Nr. 1 Abs. 2, anders im wesentlichen Litten S. 152 ff. M. E. geht die völlige Verwerfung der Bedingung zu weit; warum soll der Gläubiger nicht die eine Leistung unter der Bedingung ihrer Fehlerlosigkeit wählen können? Richtig ist nur, daß eine bloß bedingte Wahl die Folgen der Wahlversäumnis im Sinne des § 264 nicht hintanhalten kann, überhaupt nach Ablauf der Wahlfrist nicht mehr beachtbar ist (so auch Litten aaO.). Ferner wird der bedingt Wählende nach Treu und Glauben verpflichtet sein, dem Gegner den Bedingungseintritt unverzüglich mitzuteilen.

d) Kann die Wahl bereits **bei bedingten und befristeten Wahlschulden** vollzogen werden? Dagegen mit Recht Leonhard S. 32, anders Binder in seinen und Bernhöfts Beiträgen, S. 41 wegen § 271 Abs. 2. Aber der Analogieschluß ist nicht zwingend: Die vorzeitige Leistung befriedigt das Interesse des Empfängers; die vorzeitige Wahl durch den Schuldner tut das nicht, sondern gefährdet den Gläubiger nur, weil er fortan die Gefahr des ausgewählten Stückes trägt.

3. Sind **mehrere „Gegner"** vorhanden, so muß die Erklärung allen gegenüber erfolgen, s. §§ 130 und 425 nebst Bem. dazu, Planck § 263 Nr. 4.

Ebenso wird die Erklärung, um wirksam zu sein, von allen Wahlberechtigten gemeinsam ausgehen müssen. Jedoch können die andern natürlich die vollzogene Wahl des einen genehmigen, §§ 184/5, und überhaupt kann sich aus dem Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses Abweichendes ergeben (z. B. §§ 710, 714).

Ausführliche Bemerkungen darüber bei Pescatore S. 205 ff. Besonders für den Fall des Gesamtschuldverhältnisses einerseits Schollmeyer Nr. 3, andererseits Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 3.

4. Die getroffene Wahl konzentriert das Verhältnis nicht nur für die Zukunft, sondern soll nach dem durch die Prot. S. 282 bestätigten Wortlaut des Abs. 2 sogar **rückwirkende Kraft** haben, wie auch nach der herrschenden (s. dafür l. 112 pr. D. 45, 1; l. 95 D. 46, 3), freilich von Pescatore, Alt. Obl. S. 137 und Leonhard S. 65 bestrittenen Lehre des Gem. Rechts. Für das BGB. ist die rückwirkende Kraft dogmatisch nicht in Zweifel zu ziehen, so verfehlt auch vom rechtspolitischen Standpunkt aus die Vorschrift sein mag (s. darüber Pescatore S. 210 ff., besonders das treffende Beispiel S. 211; auch Leonhard S. 65—7). Jedenfalls ist eine tunlichst einschränkende Auslegung mit Leonhard als statthaft und geboten zu erachten, und überall da, wo nach der Abrede oder dem erkennbaren Geschäftszweck der Wahlberechtigte zur Herbeiführung der einen oder anderen Alternative verpflichtet erscheint, können die einmal entstandenen Verpflichtungen und die Folgen ihrer Verletzung durch unsere Vorschrift nicht mitbetroffen werden.

5. Leistet ein Teil **ohne Kenntnis des Wahlrechts** einen der bloß alternativ geschuldeten Gegenstände, so kann er ihn nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff.) zurückfordern, s. Mot. S. 7. Denn Leistung ohne Kenntnis ist keine Wahl, kann daher auch nicht konzentrierend wirken; der Schuldner hat also eine ihm jedenfalls nicht so, nicht schlechthin obliegende Leistung in Unkenntnis des wahren Sachverhaltes gemacht. Entsprechendes gilt von der Annahme eines Objektes durch den sein Wahlrecht nicht kennenden Gläubiger; er kann noch das andere wählen und einfordern, natürlich nur Zug um Zug gegen Rückgabe des empfangenen, s. Kipp-Windscheid S. 30—1.

Das hier Gesagte entspricht der herrschenden Meinung, s. die Angaben bei Pescatore S. 186 Anm. 1 und S. 190 Anm. 4. Gegen sie neuestens mit großer Entschiedenheit Pescatore selbst S. 183 ff. Richtig ist seine Einschränkung, daß die Unkenntnis für die getroffene Entscheidung kausal gewesen sein müsse, S. 187. Wenn er aber darüber hinaus den Rückforderungsanspruch ganz verwirft, S. 195, so geht das viel zu weit. Die von P. der herrschenden Meinung nachgesagten Bedenken lassen sich vielfach durch eine zweckentsprechende Verwendung der §§ 226, 242 beseitigen. Besonders ist zu beachten, daß die mehreren Alternativen vielfach wirtschaftlich nur verschiedene Mittel zur Herstellung desselben Ergebnisses darstellen, so bei den „Wahlrechten" des Mittagsgastes und Fahrkarteninhabers. Ist dieses auf dem einen Wege hergestellt, so kann unmöglich daraus ein Anspruch noch hergeleitet werden, daß der Berechtigte (oder Verpflichtete) von einem ihm zustehenden Wahlrecht bei Einforderung (oder Vornahme) der Leistung im Irrtum gewesen sei; in einer Berufung darauf läge in der großen Mehrzahl der Fälle zum mindesten eine unzulässige Schikane.

§ 264.

Nimmt der wahlberechtigte Schuldner die Wahl nicht vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung vor, so kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder auf die andere Leistung richten; der Schuldner kann sich jedoch, solange nicht der Gläubiger die gewählte Leistung ganz oder zum Teil empfangen hat, durch eine der übrigen Leistungen von seiner Verbindlichkeit befreien.

Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzuge, so kann der Schuldner ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern. Mit dem Ablaufe der Frist geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn nicht der Gläubiger rechtzeitig die Wahl vornimmt.

E. I 210, E. II 221, RV. 257. — Mot. S. 8, Prot. S. 282.

1. **Prinzip**: Das bisherige Gemeine (s. RG. Bd. 12 Nr. 46) und Preußische Recht ließen das Wahlrecht des Schuldners weder durch Verzug noch durch Klaganstellung oder Urteil auf den Gläubiger übergehen. Dem folgt das BGB., ja es soll, anders als im GR., nicht einmal die Zwangsvollstreckung völlig diese Wirkung haben. Vielmehr gilt folgendes:

a) Bis zum **„Beginn der Zwangsvollstreckung"** verbleibt dem Schuldner das volle Wahlrecht. Was unter diesem Beginn zu verstehen sei, ist nicht zweifellos, s. Pescatore S. 218 ff., RG. ZS. V. vom 26. XI. 1902 Bd. 53 Nr. 22 S. 82. Man kann darunter entweder den Antrag des Gläubigers auf Zwangsvollstreckung oder die Vornahme der ersten Vollstreckungshandlung selbst verstehen. Für jene Meinung Titze, Unmöglichkeit, S. 201 Anm. 9, für diese Litten S. 169 ff., Planck Nr. 2 Abs. 2, Pescatore aaO. Es müßte von vornherein auffallen, wenn das BGB. den Ausdruck in einem andern Sinn gebraucht haben sollte, als die davon ex professo handelnde ZPO.; daß aber diese unter dem Beginn der Zwangsvollstreckung die erste wirkliche Vollstreckungshandlung versteht, ist zweifellos (RG. aaO.), so besonders deutlich §§ 750, 779. Man wird daher, da Gegengründe nicht ersichtlich sind, der zweiten Meinung den Vorzug geben. Das RG. läßt die Entscheidung dahingestellt, neigt ihr aber offenbar gleichfalls zu. Natürlich hat nur eine zulässiger Weise beantragte Vollstreckungshandlung jene Wirkung, RG. 26. XI. 1902, JW. 32 B. 15.

b) Vom Beginn der Zwangsvollstreckung ab tritt die im Abs. 1 enthaltene Umgestaltung ein. Auch ihr Sinn ist bestritten:

α) Die meisten lassen das Wahlrecht auf den Gläubiger übergehen und gewähren dem Schuldner nur noch die facultas alternativa, sich durch Leistung des andern Gegenstandes zu befreien, bis der Gläubiger — oder der Gerichtsvollzieher für ihn, ZPO. §§ 753, 815, 819, — die Leistung empfangen hat. So Stammler S. 138,

Dernburg § 43 Anm 12, Endemann § 118 Anm. 17, Enneccerus S. 421, Kipp zu Windscheid II S. 29 Nr. 3a, Goldmann-Lilienthal S. 307, Litten S. 173 ff., Planck Aufl. 3 Nr. 2 (anders Aufl. 1), weitere Angaben bei Pescatore S. 221 Anm. 8.

β) Andere Autoren belassen dem Schuldner noch das Wahlrecht und finden die Bedeutung des Abs. 1 allein in der eintretenden Beschränkung seiner Ausübung: nur noch durch tatsächliche Leistung, nicht mehr durch Erklärung, Angebot oder Teilleistung. So Titze, Unmöglichkeit, S. 202, Crome 153 Anm. 31, Eccius bei Gruchot 42 204, Kaufmann Nr. 2aß, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 1, Rieß bei Gruchot 48 489 ff., Schollmeyer Nr. 1, weitere Angaben bei Pescatore aaO.

Der praktische Unterschied beider Meinungen zeigt sich besonders im Fall der Unmöglichkeit der einen Leistung — ihre Gefahr trifft für die Zwischenzeit zwischen dem Vollstreckungsbeginn und dem Empfang des Vollstreckungsobjekts durch den Gläubiger nach der Ansicht zu β den Schuldner, nach der Ansicht zu α dagegen von dem Moment ab, wo der Gläubiger im Sinne des Textes gewählt hat, diesen.

Anders als in Aufl. 1 glaube ich mich für die Konstruktion zu β entscheiden zu sollen. Dafür spricht, von der Entstehungsgeschichte (s Mot. S. 8 und Rieß aaO.) abgesehen, besonders der auffällige Gegensatz in der Formulierung von Abs. 1 und dem, einen wirklichen Übergang des Wahlrechts anordnenden, Abs. 2. Ferner würde nach der Gegenmeinung der Schuldner, der es bis zur Zwangsvollstreckung kommen läßt, die Gefahr des Gläubigers erhöhen können, also für seine Säumnis noch eine Prämie einheimsen. Denn die Richtung der Vollstreckung auf das eine Objekt durch den Gläubiger würde konzentrierend wirken zu dessen Ungunsten, nicht aber auch — wegen der dem Schuldner verbleibenden facultas alternativa — zu seinen Gunsten, während die Ausübung der dem Schuldner vorher zustehenden Wahlmöglichkeit doch auch zu seinen Ungunsten gewirkt haben würde. Plancks Berufung auf die Analogie des anfänglichen Gläubigerwahlrechts übersieht, daß alsdann dem Schuldner in der Regel keine facultas alternativa zustehen wird. Gläubigerwahlrecht und daneben facultas alternativa des Schuldners dagegen ist die dem Gläubiger denkbar ungünstigste Kombination — und sie soll das Gesetz als Folge des Vollstreckungsbeginnes angeordnet haben?

c) Was heißt „so kann der Gläubiger . . . . richten"? Der Zweifel gründet sich darauf, daß streng logisch die Richtung der Vollstreckung spätestens mit deren Beginn — im Sinne von a — gegeben sein muß. S. dazu Litten S. 169 ff., der mit Recht das Wort nicht nur im Sinne des ersten, einleitenden Schrittes, sondern in dem der gesamten Tätigkeit des Gläubigers beim Betreiben und Durchführen der Vollstreckung versteht, so auch Böthke bei Gruchot 48 428.

d) Der Zeitpunkt, in welchem die geschuldete Leistung als vom Gläubiger „empfangen" anzusehen ist, bestimmt sich nach den einschlägigen Sätzen der ZPO. und braucht hier nicht im einzelnen fixiert zu werden, s. wegen Geld besonders § 815 das. Genaueres bei Litten S. 178 ff.

2. Auch **Verzug des wahlberechtigten Gläubigers** nimmt ihm das Wahlrecht an sich nicht (so auch das GR., RG. 30 Nr. 29 S. 99, anders Dernburg Pand. II § 27 a. E.), doch kann ihm der Schuldner nach Abs. 2 eine Frist stellen, mit deren Ablauf der Übergang sich vollzieht. Über den Begriff der angemessenen Frist s. § 250 u. Bem. 3 dazu.

Wenn übrigens vielfach (so Aufl. 1) dabei von einem Wahlverzug des Gläubigers geredet wird, so ist das ungenau (s. Pescatore S. 235): es gibt nur Annahme- und Leistungsverzug, und die Unterlassung der Wahl ist nur die Unterlassung einer Vorbereitungshandlung für Annahme oder Leistung Zu beachten ist noch, daß es in manchen Fällen zu einem Verzuge des Gläubigers im Sinne des Abs. 2 nicht kommen kann, soweit nämlich der Schuldner der ihm vielfach obliegenden Vorlegungspflicht hinsichtlich des einen oder andern Schuldgegenstandes nicht genügt hat, Pescatore S. 231 ff.

3. Die **Aufforderung** ist außergerichtliche, empfangsbedürftige Erklärung. Erst wenn die „Angemessenheit" bestritten wird, bedarf es darüber und über die Folgen gerichtlicher Entscheidung.

Eine Verbindung der Aufforderung mit dem Angebot ist untunlich, da jene bereits einen vorhandenen Verzug voraussetzt. So auch die herrschende Meinung, z. B. Kipp aaO. S. 30 oben, Kisch bei Grünhut 29 534, Leonhard S. 4, Dernburg § 43 Anm. 18, Planck Nr. 4b, Pescatore S. 234. Anders freilich Cosack § 84, III, 1, Crome § 153 Anm. 36, Neumann Nr. 2, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 3 (anders früher Mayring), Litten S. 188, Schollmeyer Nr. 2. Daß die herrschende Meinung

zum „Formalismus" führe, ist nicht einzusehen, s. dagegen Pescatore aaO., sie erscheint vielmehr wenigstens für zahlreiche Fälle als sachlich allein begründet.

4. Über den **Beweis** s. Dernburg § 43 Anm. 10, Planck Nr. 3. Widerspricht der Schuldner der Vollstreckung in den einen Schuldgegenstand, so muß er die Leistung oder das korrekte Angebot des andern beweisen; ein Beweis nur dahin, daß er ihn gewählt habe, genügt nur dann, wenn diese Wahl vor dem in Abs. 1 bezeichneten Termin erfolgt war. Keinenfalls muß der Gläubiger erweisen, daß der Schuldner bis dahin noch nicht gewählt habe.

§ 265.

Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich oder wird sie später unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen. Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat.

E. I 211, E. II 222, RV. 258. — Mot. S. 8—10, Prot. S. 282—5.

Literatur: Kisch, Unmöglichkeit, S. 224 ff., Pescatore S. 237 ff. (er weist nach, daß die Vorschrift des § 265 auf einen allzu eng vorgestellten Fall zugeschnitten und vielfach statt dessen eine individualisierende Behandlung nach der Sondernatur des Einzelfalles von nöten sei), Titze, Unmöglichkeit, S. 195 ff.

1. Ist eine der alternativ bestimmten Leistungen **von Anfang an unmöglich**, so lag eben in Wahrheit von Anfang an ein einfaches Schuldverhältnis vor. Das nimmt das BGB. nach dem Vorbild des GR. und Landrechts (I, 5, § 567) an, als Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 139. Ob das auch gelte, wenn eine der mehreren Leistungen einen unsittlichen Charakter trägt, wird sich bezweifeln lassen und muß jedenfalls da verneint werden, wo durch die Hinzufügung der zweiten, an sich nicht unsittlichen Alternative als durch ein Pressionsmittel die Erreichung des unsittlichen Zweckes gefördert werden würde. Das entspricht der Natur der Sache und der Analogie aus dem einen wesentlich gleichartigen Fall behandelnden § 344. S. dazu aber auch Pescatore S. 253.

Ist eine der Leistungen aus Rechtsgründen unwirksam versprochen (so z. B. wegen Nichtwahrung der Form des § 313), so greift § 265 jedenfalls Platz und schließt die Anwendung der Form des § 139 nicht minder aus, wie bei eigentlicher Unmöglichkeit, s. RG. ZS. IV vom 6. VI. 1904 bei Gruchot 48 973.

Wie aber, wenn die eine Leistung nur teilweise unmöglich ist? Schollmeyer I, 2 läßt dann keine Konzentration eintreten, sondern § 139 anwendbar sein. Das ist bedenklich: Denn schwerlich kann das die Gültigkeit des Vertrages stärker beeinflussen, wie die völlige Unmöglichkeit der einen Leistung. Es wird vielmehr darauf ankommen, ob die teilweise unmögliche Leistung nach dem konkreten Parteizwecke überhaupt noch erfüllbar bleibt, Interesse bietet, oder nicht. Letzternfalls wird die teilweise wie eine völlige Unmöglichkeit dieser Leistung zu behandeln sein, also nach § 265 Konzentration auf die andere bewirken. Ersterenfalls entsteht eine Wahlschuld, auf die aber § 139 anwendbar ist und die daher möglicherweise wegen der teilweisen Unmöglichkeit vollauf nichtig ist. So auch Kleineidam, Unmöglichkeit S. 28.

2. **Ersatzpflicht:** Ob der Schuldner dem wahlberechtigten Gläubiger, dem durch die — anfängliche — Unmöglichkeit der einen Leistung eine günstige Alternative entzogen ward, ersatzpflichtig sei, bestimmt sich aus § 307, s. Abs. 2 das. und Bem. dazu, Pescatore S. 253 ff.

3. Wird eine der versprochenen Leistungen **später unmöglich**, so ließen das GR. und SächsGB. § 1012 eine Konzentration auf die andere eintreten, während nach der herrschenden Auffassung des Landrechts (I, 11, §§ 337) der Schuldner zwar das Recht, aber nicht die Pflicht hatte, das Verhältnis unter Beschränkung auf die noch vorhandene Leistung fortbestehen zu lassen. Das BGB. folgt der ersten Auffassung, jedoch ohne die bisher dem Schuldner gewährte facultas alternativa, sich durch Leistung des Wertes des untergegangenen Objektes zu befreien.

4. **Wie, wenn die Unmöglichkeit durch einen vom einen oder andern Teil zu vertretenden Umstand herbeigeführt ward?** Wir müssen vier Möglichkeiten sondern:

a) den Wahlberechtigten traf die Schuld:

α) als Schuldner konnte er ja die andere Leistung wählen, darum trifft ihn wegen Vernichtung der einen kein Vorwurf. Die Schuld konzentriert sich auf die andere Leistung. S. aber auch die bei Kisch, Unmöglichkeit S. 231, erwähnte Eventualität; seine Meinung freilich, der Schuldner könne sich hier freiwillig noch für Ersatzleistung entscheiden, ist gegenüber dem Wortlaut bedenklich.

β) als Gläubiger macht er sich ersatzpflichtig wegen des verursachten Schadens, und im übrigen tritt nach dem unzweideutigen Wortlaut Konzentration ein. Die von mir in Aufl. 1 verfochtene Meinung, er könne sich durch Wahl des vernichteten Gegenstandes von der Ersatzpflicht freimachen (s. auch Prot. S. 284), ist daher fast allgemein verworfen; so von Enneccerus S. 422, Eck S. 260, Matthiaß S. 336, Titze S. 208—9, vermittelnd Kisch S. 228, ähnlich wie meine Aufl. 1 Strohal, Erbrecht (2) 147, (3) 252 (unter Berufung auf die freie Willensauslegung) und Endemann S. 671. Aber die positive Regelung wird fast allgemein als rechtspolitisch verfehlt anerkannt und enthält eine durch nichts gerechtfertigte Benachteiligung des Gläubigers, s. die vernichtende Kritik von Pescatore S. 244 ff. Der Hinweis darauf, daß auch schuldlose Unmöglichkeit konzentrierend wirke, schlägt nicht durch, da hier der Schuldner vermutlich den Hauptnachteil erleidet. Man wird vielmehr, sich übrigens notgedrungen dem Wortlaut beugend, in allen geeigneten Fällen mit Endemann und Strohal von dem dispositiven Charakter des § 265 ausgehen und den Parteiwillen in allen dazu nicht ungeeigneten Fällen gemäß § 157 so auslegen, daß dem Gläubiger ein Wahlrecht der durch seine Schuld unmöglich gewordenen Leistung zustehen solle. Ähnlich auch Kisch aaO., Leonhard bei Eck S. 260 Anm. 1 und in beachtenswerter Ausführung Litten S. 200 ff.

b) den Nichtwahlberechtigten traf die Schuld. Alsdann tritt nach S. 2 die Konzentration nicht ein, also:

α) bei vertretbarem Verhalten des Schuldners kann der Gläubiger wählen zwischen dem Interesse am vernichteten und der Leistung des noch vorhandenen Objektes.

β) den schuldigen Gläubiger wird der Schuldner auf das von ihm selbst zerstörte Objekt verweisen dürfen, das dann als das von Anfang an allein geschuldete gilt (§ 263). Er kann aber auch das vorhandene leisten und den Gläubiger wegen des ersteren ersatzpflichtig machen. Er behält auch den Anspruch auf die etwaige Gegenleistung, § 323.

5. Sind oder werden **alle Leistungen unmöglich**, so ist das Schuldverhältnis natürlich vernichtet, vorbehaltlich etwaiger Ersatzansprüche. Tritt die Unmöglichkeit nacheinander ein, so muß man scheiden (s. dazu Litten S. 211 ff.):

a) Der erste Gegenstand war durch Zufall oder in einer vom Wahlberechtigten zu vertretenden Weise vernichtet, also Konzentration eingetreten:

α) Wird dann die zweite Leistung durch Schuld des Schuldners unmöglich, so haftet er einfach auf Ersatz des Interesses an ihr.

β) Hat der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten, so wird der Schuldner frei.

γ) War die Unmöglichkeit Folge eines Zufalls, so wird der Schuldner jedenfalls von der zweiten Leistung frei. Hatte er aber die Unmöglichkeit der ersten seinerzeit verschuldet, so kann man es unmöglich bei seiner völligen Befreiung bewenden lassen — denn sonst könnte er ja durch sein Verschulden die Lage des Gläubigers ersatzfrei verschlechtern. Daher lassen die meisten ihn nunmehr auf Ersatz wegen der ersten Leistung haften, so Crome § 153 Nr. 5bα, Kleineidam S. 103, Litten S. 196, Pescatore S. 243, Schollmeyer Nr. I, 3, Titze S. 204—5. Anders freilich Kipp aaO. S. 33, β, Kisch aaO. S. 234—5, Planck Nr. 3aβ. Die herrschende Meinung ist allein befriedigend; der Gegengrund, daß der Schuldner ja auch nach vollzogener Wahl ersatzfrei den (nicht gewählten) Gegenstand hätte vernichten dürfen, schlägt nicht durch, weil dieser dann ja nicht mehr geschuldet war. Gewiß kann der Schuldner auch nach schuldhafter Vernichtung des einen Gegenstandes sein Wahlrecht wegen des andern durch Erklärung ausüben; aber wenn er das eben nicht getan hat, liegt kein Grund vor, das nicht ausgeübte Recht als ausgeübt zu behandeln, ebensowenig wie sonst im Recht der Wahlschuld. § 265 paßt auf unseren Fall nicht; er will den Wahlberechtigten durch die mit der Unmöglichmachung der einen Leistung verbundene Entziehung des Wahlrechts strafen, während in unserem Fall der unschuldige Gegner durch sie nach der Gegenansicht gefährdet würde. Man wird daher vielleicht mit Pescatore aus der Vernichtung des ersten Objekts bereits eine einstweilen latente Ersatzpflicht entspringen lassen, vielleicht auch geradezu den Satz

aufstellen können, daß die Konzentration aus § 265 in solchem Fall nur zu Ungunsten, nicht zu Gunsten des wahlberechtigten Schuldners eintrete. Auch die Römer entschieden in der Sache entsprechend, wenn auch unter dem — wegen der Eigenart der Stipulationsschuld nötigen — Umweg der actio doli l. 95 § 1 D. 46, 3. Anders ist nur insoweit zu entscheiden, als man in der Unmöglichmachung der einen Leistung eine die Konzentration herbeiführende Wahl der andern sehen kann, ein zwar nicht häufiger, aber keineswegs unmöglicher oder auch nur besonders fernliegender Fall (so auch Pescatore S. 243 gegen Titze S. 205).

b) Der erste Gegenstand war durch Schuld des Nichtwahlberechtigten, also ohne Konzentrationswirkung, vernichtet:

α) Der wahlberechtigte Gläubiger macht die zweite Leistung durch vertretbares Verhalten unmöglich. Dann tritt nunmehr nach § 265 Konzentration ein, aber nicht auf die — unmöglich gewordene — erste Leistung, sondern auf den an ihre Stelle getretenen Ersatzanspruch, und der Gläubiger haftet auf Ersatz wegen des zweiten Gegenstandes (unter Verwertung des oben Nr. 4 a β gesagten).

β) Dasselbe gilt bei zufällig eintretender Unmöglichkeit, nur ohne Ersatzpflicht des Gläubigers.

γ) Traf die Schuld den wahlberechtigten Schuldner, so kann er den Gegner auf den von diesem vernichteten ersten Gegenstand verweisen und wird dann frei, er kann aber auch wegen des zweiten Ersatz leisten und wegen des ersten seinerseits verlangen.

δ) Trifft den nichtwahlberechtigten Schuldner wiederum die Schuld, so kommt es nicht zur Konzentration, sondern der Gläubiger kann den jeweils größeren Ersatz verlangen wegen der ersten oder der zweiten Leistung.

Lag die Schuld am nichtwahlberechtigten Gläubiger, so kann der Schuldner ihn je nach Belieben auf das eine oder andere Objekt verweisen und wegen des andern ersatzpflichtig machen.

6. Teilweise Unmöglichkeit wirkt gemäß §§ 139, 307, 323 unter Berücksichtigung des bisher Gesagten, s. auch Nr. 1 a. E.

Als nachfolgende bewirkt sie keinesfalls Konzentration des SchV., wählt aber der Berechtigte die teilweise unmöglich gewordene Leistung, so kommen §§ 323 S. 2, 325 Abs. 1 S. 2 zur Anwendung. So auch Schollmeyer Nr. II, 2, Kisch, Unmöglichkeit S. 237. Titze S. 198 dagegen läßt auch hier Konzentration eintreten.

7. Die Bestimmungen des § 265 stellen überall dispositives Recht dar und können durch ausdrückliche oder stillschweigende Abrede für den Einzelfall umgeändert werden, s. auch Nr. 4 a β.

§ 266.

Der Schuldner ist zu Teilleistungen nicht berechtigt.

E. I 228, E. II 223, RV. 259. — Mot. S. 33, Prot. S. 305—6.

1. **Die Unzulässigkeit der Teilleistungen** entspricht der herrschenden Lehre des GR. (dagegen freilich Brachvogel, ArchBürgR. 8 334 ff.), dem Landrecht und dem SächsGB. § 695. Das BGB. hat sie aufgenommen, indes:

a) Es muß sich wirklich um einen bloßen **Teil** einer und derselben Leistung handeln, nicht um eine von mehreren bloß gemeinsam versprochenen selbständigen Leistungen (Bsp.: a) der Schuldner liefert von den gekauften Goetheschen Werken nur einzelne Bände; b) er liefert den gekauften Goethe und nicht auch den zugleich erstandenen Schiller). Nicht selbständige Leistungsgegenstände sind Zinskoupons neben der Hauptschuld, s. ROHG. 25, Nr. 64, S. 256.

b) Der Schuldner braucht auch trotz § 266 nur nach den Grundsätzen von **Treu und Glauben** zu liefern, § 242 und Bem. dazu, und der Gläubiger darf gemäß § 226 das Zurückweisungsrecht wegen der Teilleistung nicht lediglich zur Schikane ausüben (etwa um noch die fetten Verzugszinsen einheimsen zu können). Ferner wird die Vertragsauslegung nach Treu und Glauben (§ 157) vielfach dahin führen, dem Schuldner das Recht successiver Teilleistungen von vornherein zuzubilligen, z. B. jemand hat einen so großen Wintervorrat an Kohlen bestellt, daß die Gefährte des Kohlenhändlers zu einer einheitlichen Lieferung aller nicht zureichen.

c) Es findet sich eine Anzahl von gesetzlichen **Ausnahmen**, so gemäß Wechselordnung Art. 38; ferner kann sich nach § 389 der Schuldner durch Aufrechnung teilweise befreien (dazu Fr. Leonhard, Aufrechnung S. 153/4, Lippmann, Iherings Jahrb. 43

490ff.); endlich gibt es gewisse Fälle, in denen die Leistung nur in Absätzen geschehen kann, Teilleistung also geradezu geboten ist, s. den lehrreichen Fall bei Westrum, Gutachten aus dem Anwaltstande zum Entwurf, S. 235.

d) Auch der **Prozeß** und namentlich die **Zwangsvollstreckung** können Einschränkungen des Prinzips bewirken.

e) Zweifelhaft ist, ob Zinsen insoweit Teil der Hauptforderung sind, daß § 266 darauf Anwendung findet. Dafür Cosack § 89, II, 1[a], dagegen Dernburg § 18 Nr. 4, Kuhlenbeck bei Staudinger Nr. 3 (dieser freilich nur für Vertragszinsen). Dies mit Recht: daß die Zinsen bei der Zahlung mit einer gewissen Selbständigkeit behandelt werden, ergibt § 367, und Abs. 2 das. beweist schlagend, daß der Gläubiger einen zur Tilgung von Kapital- und Zinsforderung nicht voll ausreichenden Betrag nicht allgemein ablehnen darf, sondern nur unter der dort genannten besonderen Voraussetzung eines dem Gesetz widersprechenden Anrechnungsmodus beim Angebot.

2. **Folgen**: Die dem § 266 zuwider angebotene Teilleistung braucht der Gläubiger nicht anzunehmen; der Schuldner kommt alsdann wegen des Ganzen in Leistungsverzug, während der Gläubiger durch das unstatthafte Angebot nicht in Annahmeverzug gerät.

3. Pflicht zu Teilleistungen. Eine durch § 266 nicht unmittelbar entschiedene, andere Frage ist die, ob der Schuldner zur Vornahme von Teilleistungen gegebenenfalls verpflichtet sei, z. B. wenn der Gläubiger nur einen Teil anzunehmen willens oder imstande ist. Daß dann der Schuldner überhaupt nicht zu liefern habe und den Gläubiger wegen des Ganzen in Annahmeverzug versetzen könnte, nimmt ein von Thiesing, Recht 02 370 mitgeteiltes gewerbegerichtliches Erkenntnis an. Dagegen Thiesing aaO. mit der zutreffenden Begründung, daß die teilweise Annahmeweigerung auch nur teilweisen Verzug begründe, und der Schuldner diesen nicht durch Zurückhaltung der ganzen Leistung erweitern dürfe.

4. Was § 266 von Teilleistungen bestimmt, gilt auch von **Teilhinterlegung**, da sie nur einen Ersatz der wirklichen Leistung darstellt. Der Gläubiger braucht sich also die Verweisung auf die hinterlegte, nicht voll ausreichende Summe nicht gefallen zu lassen S. Erk. des OLG. Breslau in Neumanns Jahrbuch I S. 172.

§ 267.

Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken. Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich.

Der Gläubiger kann die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht.

E. I 227, E. II 224, RV. 260. — Mot. S. 32—3, Prot. S. 305.

Literatur: Oertmann in ZivArch. 82, 367ff.

1. **Prinzip**: Das BGB. nimmt mit dem bisher überall geltenden Rechte an, daß regelmäßig für den Schuldner jeder dritte mit befreiender Kraft leisten könne. Das Gegenteil ist die zu beweisende Ausnahme, die sich ergeben kann aus besonderer Abrede wie aus der Natur der zu machenden Leistung: Verpflichtung zum Malen eines Porträts, Erbauen eines Hauses, Übernahme einer Verteidigung. Allgemeine Ausnahmen auf Grund des zu unterstellenden Vertragszweckes macht das BGB. beim Dienstvertrag, § 613; Auftrag, § 664; der Hinterlegung, § 691; der Gesellschaft, § 713. — Unzulässig ist wegen des Zweckes auch Zahlung fremder Geldstrafen. Oertmann S. 392ff. und die dort Zitierten. Ebenso Planck und Staudinger.

2. **Nicht hierher** gehören folgende Fälle (Oertmann S. 368/82):

a) daß der Dritte nur als Vertreter leistet. Anders freilich viele frühere Autoren, neuestens auch v. Tuhr, KrVJSchr. 43, 555, Wieland, ArchZivPrax. 95, 181, die in der Zahlung fremder Schulden nichts als eine Zahlung durch Vertreter sehen und das Besondere des Falles nur in der Unnötigkeit einer Vollmacht erblicken. Aber wenn weder Vollmacht noch Handeln in fremdem Namen — das nach § 267 offenbar unnötig ist — zur Zahlung fremder Schuld gehört, so entbehrt diese gerade der wichtigsten Eigentümlichkeiten des Vertretungsbegriffes. Sie ist aber auch in den Wirkungen

davon verschieden, wie sich insbesondere im Fall des Bereicherungsanspruches bei Nichtbestand der bezahlten Schuld ergibt: dieser steht dem Zahlenden, **nicht** dem Vertreter zu, s. unten Bem. zu § 812. Wenn v. Tuhr S. 556 das für die Regel der Fälle zugibt und nur bei Zahlung im Auftrage des Schuldners diesem die condictio indebiti gewährt, verläßt er seine Konstruktion vollends und verwertet zudem in schwerlich statthafter Weise ein rein internes Moment zur Beurteilung der Außenwirkung.

b) daß er nicht in Zahlungsabsicht, sondern in der Absicht leistet, die Forderung käuflich an sich zu bringen.

c) daß er zwecks Tilgung einer eigenen Schuld zahlt — als Gesamtschuldner, § 426; als Bürge, § 774; mag er auch damit zugleich eine fremde Schuld tilgen.

3. **Aus welchem Grunde** der dritte zahlt, läßt sich nicht allgemein beantworten (Auftrag, Geschäftsführung, Schenkung, Befreiung von einem Liberationsregreß des Schuldners) und ist nicht für die Wirkung der Zahlung, sondern nur für die Frage nach dem etwaigen Rückgriff des Zahlenden gegenüber dem Schuldner von Belang.

Der Rückgriff selbst bestimmt sich — vom Sonderfall des § 268 abgesehen — ausschließlich nach dem zu Grunde liegenden Innenverhältnis der Beteiligten: Auftrag, Geschäftsführung, Schenkung. Wegen der Frage, wieweit die in Geschäftsführungsabsicht gemachte Zahlung als für den Schuldner verbindlich zu erachten sei, s. besonders Oertmann S. 483ff., Koban, Regreß des Bürgen, S. 25ff.

Insbesondere tut es der befreienden Wirkung keinen Abbruch, wenn die mit der Zahlung beabsichtigte Schenkung durch Verweigerung seitens des Schuldners scheitert (§ 516). Die gelegentliche Ansicht von du Chesne (SächsArch. **10**, 463ff.), der vor Zustimmung des Schuldners die Zahlung hier nur ope exceptionis wirken läßt, ist unhaltbar — sie verkennt den Unterschied zwischen dem Zuwendungsakt, der nicht notwendig Mitwirkung des zu Beschenkenden erfordert, und seiner causa, dem Schenkvertrag. Sie widerspricht auch dem früheren Recht wie dem klaren Wortlaut des § 267, der deutlich die Unabhängigkeit der Außenwirkung vom Willen des Schuldners ausspricht.

4. Da der dritte die Leistung „bewirken", und der Gläubiger sie nur ausnahmsweise nach Abs. 2 ablehnen kann, folgt daraus, daß er im übrigen **durch Ablehnung in Annahmeverzug** kommt dem Schuldner gegenüber. Dieser kann nunmehr die „Erfüllungssurrogate" der §§ 303, 4, 372ff. vollziehen. Aber nicht auch der dritte; das ergibt sich für die Hinterlegung durch Umkehrschluß aus der Sonderbestimmung des § 268 Abs. 2, s. unten Nr. 6.

5. **Die Ausnahmebestimmung** des Abs. 2 entspricht dem Landrecht (I, 16, § 51), während das richtig verstandene GR. (a. A. Thöl und Dernburg) und das SächsGB. den Widerspruch des Schuldners unbeachtet ließen.

Über den Charakter des Widerspruchs s. einerseits Kaufmann Nr. 6 (einseitige empfangsbedürftige Erklärung, die vor oder nach dem Angebot erfolgen kann), andererseits Eltzbacher, Rechtswirksames Verhalten S. 195 („unmaßgebliche Willensäußerung", die gar nicht auf eine bestimmte Rechtsfolge zu gehen braucht). Dieser Ansicht dürfte der Vorzug zu geben sein.

6. Der dritte kann im allgemeinen **dieselben Erfüllungshandlungen** (nicht: Erfüllungssurrogate) setzen, wie der Schuldner; nur ist ihm Aufrechnung im Prinzip versagt, s. § 387 und Bem. dazu, Ausnahmen davon s. §§ 268, 1142, 1249. S. auch Kohler, ZZP. **24**, 61. Daß ein dritter auch durch Hinterlegung befreien könne, behaupten einzelne (Mühsam, Hinterlegung S. 33, Rosenberg, Iherings Jahrb. **43**, 225 7). Aber das ist unbewiesen und angesichts des aus § 268 gegebenen arg. a contrario schwerlich haltbar.

§ 268.

Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand, so ist jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen. Das gleiche Recht steht dem

Besitzer einer Sache zu, wenn er Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung den Besitz zu verlieren.

Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen.

Soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden.

RV. 261, s. auch E. I 1081—2, Mot. III S. 690.

Literatur: Best, Das Hypothekenrecht des BGB., 1896, S. 74/6; Stammler S. 201 ff.; Siber, Kompensation und Aufrechnung S. 87 ff.; Stolzenberg, Dissert. Erlangen 1903; Weißbart, Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung, 1899.

1. Die Bestimmung des § 228 ist eine allgemeinere **Ausgestaltung des römischen ius offerendi** beim Pfandrecht und erst in die Reichstagsvorlage aufgenommen, s. auch §§ 1150, 1249, Abs. 2. Das Institut, ursprünglich für den nachstehenden gegenüber dem vorstehenden Pfandgläubiger geschaffen, steht nunmehr auch jedem anderen Berechtigten zu, bei dem die Bedingungen des Abs. 1 zutreffen, und nicht nur gegenüber einem Pfandgläubiger, sondern gegenüber einem jeden auch bloß persönlichen Gläubiger, der das Recht durch die Zwangsvollstreckung gefährdet.

2. **Das Ablösungsrecht** ist gegeben:

a) allen **dinglich Berechtigten** (Pfandgläubiger, Nießbraucher). Sie brauchen das gefährdete Recht nicht schon vor Beginn der Zwangsvollstreckung erlangt zu haben — denn auch wegen eines später erlangten besteht die Verlustgefahr, und eine Ausnahme ist vom Gesetz nicht gemacht. Ob bloß vorgemerkte Hypotheken das Recht haben, ist zweifelhaft; dagegen Reichel, Jherings Jahrb. **46** 142. M. E. ist die Frage zu bejahen, da die Vormerkung das Recht schon dinglich sichert.

b) jedem **Besitzer**, S. 2 (so auch in Rom gegenüber der Pfandklage), falls sie Gefahr laufen, das Recht bezw. den Besitz zu verlieren. Als (unmittelbare) Besitzer, nicht als dinglich Berechtigte, was sie nicht sind, haben Mieter und Pächter die Befugnis, ebenso Entleiher. Aber der Mieter hat es nur insofern, als durch die Zwangsvollstreckung sein Recht beeinträchtigt zu werden droht, was z. B. bei Mobilien nach ZPO. § 809 in der Regel nicht der Fall ist, Goldmann-Lilienthal S. 310 Anm. 11.

c) ob auch denen, die erst einen **Titel** auf Erwerb eines Rechtes an der Sache erlangt haben (z. B. Käufer vor der Übergabe, Bauhandwerker gemäß § 648)? Dagegen spricht, daß sie das noch nicht vorhandene Recht doch nicht füglich „verlieren" können, und eine entsprechende Anwendung läßt sich bei dem offenbaren Ausnahmecharakter des § 268 kaum rechtfertigen.

Noch weniger wird man, wie früher Endemann (§ 136 Anm. 13 Aufl. 3/4, anders jetzt § 90 Anm. 48) das Ablösungsrecht allgemein dem obligatorisch Berechtigten zugestehen. Er hat eben nach dem streng scheidenden Sprachgebrauch des BGB. kein Recht „an der Sache".

Wie hier auch Planck Nr. 3a; Stolzenberg S. 43 ff. und dort zitierte.

3. **Voraussetzung** des Rechtes ist, daß **ein Gläubiger die Zwangsvollstreckung** in den fr. Gegenstand, oder in den Herausgabeanspruch des Schuldners in Bezug auf ihn, betreibt, und daß der Ablösungsberechtigte dadurch gemäß Nr. 2 gefährdet wird. Wann beides der Fall ist, bestimmt sich nach der ZPO. und dem Gesetze über die Zwangsversteigerung vom 29. III. 97; s. ferner BGB. §§ 1242, 1257. Auf vorstehende Hypothekare findet also der § keine Anwendung, denn ihr Recht wird durch die Zwangsversteigerung nicht gefährdet. S. auch Stolzenberg S. 40 ff.

4. Die Zahlung läßt im Falle des § 268 die befriedigte Forderung auf den Intervenienten ohne weiteres **übergehen**. Ein besonderer Abtretungsakt ist daneben weder nötig noch auch nur möglich. Zweifelhaft ist die juristische Konstruktion. Nach Matthiaß S. 459 gewährt das Gesetz in dieser Form einen Ersatzanspruch. Es ist aber eher (s. Siber aaO., Rechtszwang S. 248, 251) anzunehmen, daß das Gesetz in der Interventionsleistung gar keine Leistung auf die alte Schuld erblickt, sondern die Ausübung des Rechts, durch Leistung eines entsprechenden Betrages die alte Schuld

an sich zu bringen. Will der Intervenient gerade diese begleichen, so kann er das natürlich ebensogut wie jeder Dritte nach § 267, aber auch nur mit den daraus entspringenden Wirkungen. Ganz anders Weißbart S. 51.

5. **Der Unterschied des Ablösungsrechtes von der allgemeinen Anbietungsbefugnis des § 267** besteht außerdem (s. Nr. 4) in vier Punkten:

a) jenes ist ein festes Recht des Offerenten, gegen das ein Widerspruch des Gläubigers und Schuldners ohne jede Wirkung bleibt;

b) anders als bei § 267, kann der Abfindende auch durch Aufrechnung oder Hinterlegung befriedigen, Abs. 2;

c) anders als bei § 267, wo der Zahlende höchstens aus dem unterliegenden Kausalverhältnis ein Regreßrecht erlangt, geht hier die Forderung mittels gesetzlicher Übertragung auf den Abfindenden über, und zwar gemäß §§ 401, 412 einschließlich der Nebenrechte;

d) auch Teilbefriedigung des Gläubigers ist gestattet, falls dieser nur wegen eines Teiles seines Rechtes die Vollstreckung betrieb, gemäß Abs. 3. Andernfalls ist nur eine Vollbefriedigung statthaft und wirksam, Stolzenberg S. 65ff.

6. Zweifelhaft ist das Verständnis des **Schlußsatzes**. S. dazu auch Schollmeyer Nr. 5, Stolzenberg S. 95ff., Weißbart S. 57ff. (einschränkend), Wilke bei Gruchot 43 775. Man wird an Fälle denken müssen, wo der Gläubiger die Vollstreckung nur wegen eines Teiles seiner Forderung betreibt (etwa wegen der Zinsen); alsdann tritt der Abfindende im Range hinter den von jener verbleibenden Rest.

Ferner darf der Gläubiger aus der Übertragung nicht wegen Mängel der Forderung in Rechtsbestand und Eintreibbarkeit in Anspruch genommen werden, Stammler S. 205; ja es wird der durch Ablösung eine vorstehende Hypothek Gewinnende nunmehr nicht durch deren Geltendmachung eine nachstehende desselben Gläubigers gefährden dürfen. Ferner: ist ein Pfandgläubiger befriedigt, so kann das nach § 268 erworbene Pfandrecht nicht geltend gemacht werden, wenn jenem wegen einer anderen Forderung noch ein zweites Pfandrecht zusteht (Enneccerus S. 425). Der Intervenient kann nach Teilzahlung den auf ihn übergegangenen Anspruch nicht neben dem Gläubiger im Konkurse des Schuldners anmelden. S. auch den Fall OLG. Rechtspr. VIII S. 430 (OLG. Hamburg 8. II. 1904).

§ 269.

Ist ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen, so hat die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte.

Ist die Verbindlichkeit im Gewerbebetriebe des Schuldners entstanden, so tritt, wenn der Schuldner seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hatte, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes.

Aus dem Umstand allein, daß der Schuldner die Kosten der Versendung übernommen hat, ist nicht zu entnehmen, daß der Ort, nach welchem die Versendung zu erfolgen hat, der Leistungsort sein soll.

E. I 229, 230[1], E. II 225, RB. 262. — Mot. S. 34—6, Prot. I S. 306, IV, S. 154.

Literatur: Müntzel, Dissert. Erlangen 1899; Düringer-Hachenburg, Kommentar zum HGB. S. 390ff.

1. **Der Erfüllungsort** eines Schuldverhältnisses **kann sich** nach § 269 auf folgende Weise **ergeben**:

a) Durch **besondere Bestimmung**, und zwar entweder durch eine solche (ausdrückliche oder auch stillschweigende) der Parteien, oder durch Sonderbestimmung des Gesetzes, so in den §§ 261, 697, 700, 811, die übrigens ihrerseits alle nur wieder dispositives Recht darstellen. Keine stillschweigende Vereinbarung ist bereits um deswillen anzunehmen, wenn jemand von einem Andern Waren nach einem Katalog bestellt, in dem

ein besonderer Erfüllungsort angegeben ist (RG. in OLG. Rechtspr. IX S. 131, weitere Angaben bei Warneyer, BGB. zu § 269, II, 7 ff.). Ebensowenig, wenn der Verkäufer auf der Faktura einen Erfüllungsort einseitig angibt, s. die Angaben bei Warneyer, BGB. zu § 269, II, 6, es sei denn, daß die Parteien in dauernder Geschäftsverbindung stehen; alsdann kann das dauernde Schweigen des Käufers auf die wiederholten Fakturavermerke als stillschweigende Einwilligung gedeutet werden. So OLG. Dresden vom 3. VI. 1898 bei Seuffert 56 Nr. 70 S. 123. Weitere Kasuistik bei Staub S. 1234 ff., Neumann, Jahrb. I S. 176 Nr. 3, Warneyer aaO.

b) Er kann ferner **„aus den Umständen zu entnehmen"** sein.

α) Das bezieht sich nicht nur auf die schon durch a) gedeckten Fälle, wo sich aus den Umständen ein besonderer stillschweigender Parteiwille ergab, sondern auch davon abgesehen auf alle die, wo die Umstände einen bestimmten Leistungsort als physisch notwendig (Leistung eines Grundstückes, Reparaturen an einem Gebäude) oder vom Zweckstandpunkt aus allein angemessen erscheinen lassen (Theatervorstellung). So ist z. B. aus den Umständen zu entnehmen, daß beim Verkauf einer auf dem Transport befindlichen Ware deren Bestimmungsort zugleich Erfüllungsort sein soll, OLG. Stettin vom 25. IV. 1901, Rechtspr. II S. 476, s. auch RG. 16 Nr. 2 S. 3.

β) Zweifelhaft ist die Frage, ob der bloße Umstand, daß zwei **Leistungen Zug um Zug** zu machen sind, eine Besonderheit des Erfüllungsortes begründe; insbesondere, ob dieser dabei für beide Leistungen notwendig identisch sei. Die Praxis neigt zu solcher Annahme, allerdings meist nur für den Sonderfall der Wandlung (s. Anm. zu § 467), aber mit allgemeiner Begründung. S. darüber und dagegen Oertmann, Zeitschrift f. Rechtspflege in Bayern, Bd. I, S. 10 ff., 47 ff., ebenso Schollmeyer Nr. 2a, Staub, Exkurs zu § 372, Anm. 7 (dieser anders für die Wandlung), gelegentlich auch RG. ZS. II vom 24. IX. 1901, Bd. 49 Nr. 19 S. 76, sowie entschieden OLG. Hamburg 11. XI. 1892 bei Seuffert 49 Nr. 118 S. 208. Für die herrschende Lehre besonders RG. ZS. I, 29. III. 1890 bei Seuffert 46 Nr. 37 S. 59 ff., ZS. II vom 16. VI. 03, Bd. 55 Nr. 28 S. 105 ff., OLG. Celle bei Seuffert 54 Nr. 80 S. 138, sowie die bei Oertmann aaO. S. 48 Genannten. — Die herrschende Lehre ist sicherlich im allgemeinen unbegründet; sollte sie bei der Wandlung zutreffen, so wäre das nur ein der Verallgemeinerung unfähiges Ausnahmerecht. Übrigens scheitert sie schon daran, daß in der Regel nicht festzustellen wäre, wessen Erfüllungsort beim gegenseitigen Vertrag für den Gegner maßgebend sei; daß ferner in einzelnen Fällen — so beim Grundstückstausch, s. RG. Bd. 51 Nr. 85 S. 367 — ein gemeinsamer Erfüllungsort für beide Teile geradezu unmöglich ist.

γ) Auch bei **Unterlassungspflichten** verbleibt es beim allgemeinen Erfüllungsort; nicht ist als solcher jeder Ort anzusehen, an dem die fr. Handlung nicht vorgenommen werden darf, RG. ZS. III, 14. XI. 02 bei Gruchot 47 919.

c) Das RR. (l. 42 § 1 D. 16, 3) und ihm folgend die meisten modernen Rechte (SächsGB. § 706; Code Art. 1247; HGB. Art. 324 Abs. 2) bestimmten ferner noch besonders den Erfüllungsort für bewegliche Sachen an dem Orte, an dem sie sich zur Zeit des Vertragsschlusses mit Wissen der Kontrahenten befinden.

Das BGB. und neue HGB. haben das nicht übernommen, die Mot. S. 35 verweisen vielmehr auf die Sätze a, b und d. Mit Recht: Diese werden zwar vielfach zu einem dem bisherigen Recht entsprechenden Ergebnis führen, aber keineswegs immer (z. B. ein Buchhändler verkauft mir ein Exemplar des Cujaz, das sich zurzeit in einem Laden in Neapel befindet).

d) Eventuell wird in § 269 in Übereinstimmung mit dem bisherigen Handelsrecht der **Wohnort**, bezw. im Falle des Abs. 2 der Ort der gewerblichen Niederlassung des Schuldners als Erfüllungsort bestimmt, während nach GR. der Schuldner bis zur Klaganstellung an jedem nicht ungeeigneten Ort leisten konnte, das Landrecht nur teilweise (bei Verträgen über Handlungen und bei außerkontraktlichen Leistungen) und das SächsGB. § 705 erst hinter dem Entstehungsort den Wohnsitz des Schuldners maßgebend sein ließen.

Auch innerhalb der politischen Wohnsitzgemeinde kommt § 269 zur näheren Bestimmung des Erfüllungsortes in Betracht: Dieser ist also grundsätzlich gerade in der Behausung (Werkstätte, Geschäftslokal usw.) des Schuldners; so auch Staub, Exk. zu § 372 Anm. 10. Doch ergibt sich häufig in dieser Richtung ein Anderes durch Brauch oder Geschäftssitte, sowie gemäß dem Prinzip von Treu und Glauben: insbesondere hat der Verkäufer vielfach in die Räume des Käufers hineinzuliefern, z. B. bei Waren von unverhältnismäßig

großem Volumen wie Kohlen, Holz, deren Fortschaffung einen dem Käufer in der Regel nicht zu Gebote stehenden Apparat von Wagen, Pferden usw. erfordert. So auch RG. vom 8. XII. 1902, DJZ. 03 83, freilich mit der sehr anfechtbaren Begründung, daß § 269 über den Erfüllungsort bei sog. Platzgeschäften überhaupt nichts bestimme.

Die Schulden sind also grundsätzlich Hol-, nicht Bringschulden. Das Abholen ist aber grundsätzlich nur Recht, nicht Pflicht des Gläubigers (anders z. B. nach §§ 433 Abs. 2, 645 Abs. 1). Läßt er also den geschuldeten Gegenstand durch seine Leute abholen, so greift nicht § 278 ein, er haftet für sie vielmehr nur nach § 831. Freilich muß er beim Abholen Sorgfalt beobachten, aber das ist keine selbständige obligatorische Pflicht, sondern nur eine Modalität der Rechtsausübung. Anders OLG. Königsberg bei Seuffert 60 Nr. 72 S. 139, wonach bei der Fortschaffung einer gemieteten Dreschmaschine zum Mieter dieser gemäß § 278 verantwortlich ist.

e) **Mehrfacher Wohnsitz** gibt mehrfachen Erfüllungsort mit Wahlrecht des Schuldners nach dem Recht der Wahlschulden.

2. Eine **gewerbliche Niederlassung** (s. dazu auch HGB. Art. 19, 21—4; Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen § 1; ZPO. § 21) liegt da vor, wo dauernde Einrichtungen zum Betriebe des Gewerbes bestehen. Dahin gehören nicht bloße Fabrikanlagen ohne Handelsbetrieb, Agenturen, Eisenbahnstationen, wohl aber Eisenbahnbetriebsämter, s. RG. 2 Nr. 107 S. 387 und bei Seuffert 37 Nr. 66 S. 107, allgemein L. Seuffert, Kommentar zu § 21 cit. Nr. 2. Keine „gewerbliche Niederlassung" dürfte ein bloßer Markthallenstand darstellen, so AG. Berlin, Blätter f. Rechtspflege 1900 S. 32.

3. Bei **Mangel eines Wohnsitzes** dürfte der **Aufenthaltsort** eintreten; bei juristischen Personen nach dem Vorbild des Prozeßrechts deren Sitz bezw. der Ort der Verwaltung, s. auch § 24 BGB. Anders Hellmann KrVJSchr. 81 244.

4. Entscheidend ist der Wohnort **zur Zeit der Schuldbegründung**. Spätere Wohnsitzänderung bleibt auf den Erfüllungsort ohne Einfluß (anders zum Teil Dernburg § 52, III, 4). Auch der Erbgang läßt den Erfüllungsort unberührt: der Erbe hat am Wohnsitz des Erblassers zu leisten. So für GRecht OLG. Celle bei Seuffert 53 Nr. 219 S. 396 (freilich aufgehoben vom RG. bei Seuffert 54 Nr. 77).

Bei bedingten und befristeten Schuldverhältnissen soll es nach manchen auf den Zeitpunkt des späteren Ereignisses ankommen, so Planck Nr. 2, Schollmeyer Nr. 2a, anders Enneccerus S. 426, dem man — die Unsicherheit des gesetzlichen Wortlautes zugegeben — beitreten wird. Denn sonst könnte der Schuldner willkürlich die Lage des Gläubigers verschlechtern, sein Interesse vielleicht arg gefährden. Gerade um dem zu entgehen, dürfte das Gesetz den Zeitpunkt der Entstehung anstelle der sonst näherliegenden Leistungszeit in § 269 als maßgebend aufgestellt haben.

Eine Änderung des Erfüllungsortes kann dagegen infolge Leistungsverzuges eintreten, indem der Gläubiger mangels desselben durch seine Abholungshandlung den Leistungsgegenstand nunmehr bei sich haben würde. Die Ersatzpflicht des säumigen Schuldners zwingt diesen nach § 249 dazu, nun seinerseits den entsprechenden Zustand herzustellen. S. Josef bei Gruchot 47 496.

5. Eine **Mehrheit der Erfüllungsorte** kann sich außer dem Fall 1e und besonderer Abrede auch durch Mehrheit der Schuldner ergeben (s. Crome § 155, III). Auch bei Gesamtschuldnern leistet jeder besonders an seinem Erfüllungsort. Anders wohl der Bürge, s. Bem. zu § 767.

6. **Beweis**: Der Erfüllungsort des Abs. 1—2 ist der normale gesetzliche; wer sich auf einen davon abweichenden für den Einzelfall beruft, muß die Abweichung beweisen. Das ist als den allgemeinen Grundsätzen entsprechend trotz des etwas bedenklichen Wortlautes anzunehmen. So auch Planck Nr. 2 und Kuhlenbeck-Staudinger Nr. III. Anders zu Unrecht Kaufmann S. 69. Denn der Erfüllungsort des § 269 ist nicht etwa der subsidiäre, sondern der im Zweifel eintretende normale.

7. Von dem Erfüllungsort ist zu scheiden der **Bestimmungs- und Ablieferungsort**, der Ort, an den der Schuldner die Ware vertragsmäßig schicken muß. Es kann ausgemacht sein, ja es ist im Geschäftsverkehr beim Kauf selbstverständlich, daß der Schuldner die Ware an den Käufer zu senden hat. Damit wird aber der Erfüllungsort kein anderer, und selbst trotz Übernahme der Versendungskosten durch den Schuldner behält es laut Abs. 3 beim gewöhnlichen Erfüllungsort an sich sein Bewenden. Dies entsprechend dem bisherigen HGB. Art. 345².

Das ist wichtig namentlich für die Gefahr, den Gerichtsstand, auch bei Ausbleiben der Leistung für die Berechnung des Erfüllungsinteresses, s. hierfür RG. bei Seuffert 49 Nr. 180 S. 322.

§ 270.

Geld hat der Schuldner im Zweifel auf seine Gefahr und seine Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln.

Ist die Forderung im Gewerbebetriebe des Gläubigers entstanden, so tritt, wenn der Gläubiger seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hat, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes.

Erhöhen sich infolge einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Änderung des Wohnsitzes oder der gewerblichen Niederlassung des Gläubigers die Kosten oder die Gefahr der Übermittlung, so hat der Gläubiger im ersteren Falle die Mehrkosten, im letzteren Falle die Gefahr zu tragen.

Die Vorschriften über den Leistungsort bleiben unberührt.

E. I 230², E. II 226, RV. 263. — Mot. S. 36, Prot. S. 307.

1. **Prinzip:** E. 1 hatte nach dem Vorbild des Landrechts (I, 11, 769) für Geldschulden den Wohnsitz des Gläubigers als Erfüllungsort anerkannt. Das erschien der zweiten Kommission als zu weitgehend, und so ist denn für diesen Fall die minder radikale Regelung des HGB. Art. 325 und SächsGB. § 707 im BGB. wiederholt worden, s. Prot. S. 306/7. Darnach trifft den Schuldner nur die Pflicht der Übermittlung des Geldes zum Gläubiger auf seine Gefahr und Kosten; übrigens bleibt der Erfüllungsort auch hier bei ihm, was für den Gerichtsstand (§ 29 ZPO.) und die internationalrechtliche Beurteilung bedeutsam ist.

Die Übermittlungspflicht belastet den Schuldner auch, wenn das Geld innerhalb derselben politischen Gemeinde zu leisten ist. Doch kann die Berücksichtigung von Treu und Glauben Einschränkungen ergeben — so wird der Angestellte an der Geschäftskasse, die Köchin im Wohnzimmer der Herrschaft zum Lohnempfang zu erscheinen haben.

Sie verpflichtet ihn zur Übermittlung des Geldes an den Wohnsitz zur Erfüllungs-, nicht zur Entstehungszeit; die gegenteilige Bestimmung in § 269 Abs. 1 ist hier nicht wiederholt. Jedoch gilt bei Wohnsitzveränderung des Gläubigers Abs. 2, s. unten Nr. 5.

2. **Anwendungsgebiet.** § 270 spricht im Gegensatz zu Art. 325 nicht nur von Geldzahlungen, erstreckt die Übermittlungspflicht also auf Geldleistungen aller Art; sie gilt auch bei Auszahlung der Darlehensvaluta (s. Otto, Sächsische Vorträge S. 237), dagegen schwerlich bei einer auf eine Geldspezies gerichtete Schuld, da diese nach der Anschauung des Lebens in der Regel nicht als wahre Geldschuld gewertet wird.

3. **Ausnahmen:** Auch hier kann sich ein anderes ergeben durch Sonderbestimmung, anderweite Parteiabrede und aus den Umständen. So ist nach Planck und Fischer-Henle die versprochene Darlehensvaluta beim Darlehensgeber zu leisten, die Schenksumme beim Schenker. S. ferner § 1194 über die Zahlung der Grundschuld und den Vorbehalt des EG. Art. 92 für die Landesgesetze zu Gunsten der Zahlungen öffentlicher Kassen, s. die Angaben in den Kommentaren dazu.

Zweifelhaft ist, ob für den Mietzins eine Ausnahme anzuerkennen sei. Nach der Ansicht des Obertribunals war er im Miethause zu zahlen, dagegen jetzt Rehbein S. 85. Für eine allgemeine Ausnahme liegt in der Tat kein gesetzlicher Grund vor, wohl aber wird die Vertragsauslegung nach § 157 sehr oft zu einem entsprechenden Ergebnis führen, besonders in den Fällen, wo im Miethaus ein zur Einkassierung der Miete ermächtigter sog. Vizewirt, Hausverwalter wohnt.

4. Die sich aus einer **späteren Änderung der Verhältnisse** ergebenden Mehrkosten treffen nach Abs. 3 den Schuldner nicht. Gemeint sind die nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen Änderungen; auf die Zeit der Fälligkeit kommt es nicht an. Dagegen „entsteht" das Rechtsverhältnis aus bedingten Geschäften erst mit

Eintritt der Bedingung, sodaß der Gläubiger wegen einer früheren Änderung nicht die Mehrkosten zu tragen hat, es sei denn, daß im Einzelfall der erfüllten Bedingung rückwirkende Kraft innewohne, s. §§ 158,9. Diese Regelung trifft auch z. B. zu, wenn der Wohnsitz durch Erbgang geändert ist, oder wenn der Gläubiger seine Geschäftsniederlassung aufgab, sodaß nun an seinem Wohnsitz zu leisten ist, Goldmann-Lilienthal S. 312 Anm. 5.

5. Nur die **Mehrkosten** treffen den Gläubiger, nicht, wie nach E. I, alle Kosten. Für Geldsendungen innerhalb des Reiches wird daher der Abs. 3 in der Regel ohne Bedeutung bleiben. — Etwaige Minderkosten erspart natürlich der Schuldner.

§ 271.

Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken.

Ist eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner aber sie vorher bewirken kann.

E. I 231, E. II 227, RB. 264. — Mot. 37—39, Prot. S. 309.

Beweis 7.
Billiges Ermessen 5 b.
dies adiectus pro reo est 2.
modicum tempus 1.
sofort 3.
Sonn- oder Feiertag 3.
Tageszeit 6.
Überlassung der Leistungszeit an Schuldner 5 a.

1. Wie der Erfüllungsort, so kann auch die **Erfüllungszeit bestimmt sein** durch die Parteien, durch Sondervorschrift des Gesetzes (sehr zahlreich, s. z. B. §§ 551, 584, 604, 608,9, 614, 641, 295,6, 699, 721, 760 usw.) und durch die Umstände. Diese werden sehr oft dahin führen, daß trotz fehlender Befristung dem Schuldner noch eine angemessene Lieferzeit gewährt werden muß (z. B. die Leistung kann ihrer Natur nach erst in einer gewissen Zeit hergestellt werden; der Schuldner muß sie erst vorbereiten, etwa durch eine Reise). Dies mit einem Teil der bisherigen Rechte besonders hervorzuheben, lag für das BGB. angesichts des allgemeinen Prinzips von Treu und Glauben (§ 242) kein Anlaß mehr vor, s. Mot. S. 37. S. auch HGB. § 359.

2. Eine nach Nr. 1 vereinbarte Befristung wirkt entsprechend der römischen Regel „dies adiectus pro reo est, non pro stipulatore" nur **zu Gunsten des Schuldners**: er braucht nicht, kann aber auch früher leisten; anders als im Landrecht, während das bisherige HGB. Art. 334 alles auf den Einzelfall abstellte.

Jedoch gilt das nur als Auslegungsregel, „im Zweifel". Das Gegenteil kann sich ergeben aus besonderer Abrede wie aus der erkennbaren Parteiabsicht und wird namentlich oft bei Geldschulden anzunehmen sein. Für verzinsliche Darleben findet sich schon kraft Gesetzes (§ 609) die umgekehrte Vermutung.

Besonderheiten in der Wirkung einer vorzeitigen Zahlung geben außerdem die §§ 272 und 299, s. Bem. dazu.

Die Bedeutung einer beigefügten Zeitbestimmung ist in der Regel nur die, daß die Leistung nach ihren Ablauf einfach Pflicht ist, deren Nichterfüllung sich nach allgemeinen Regeln bestimmt, s. wegen des Verzuges besonders § 284 Abs. 2. Möglicherweise erscheint aber auch die Einhaltung der Frist als Bedingung der Leistung, sodaß diese im gegenteiligen Fall als unmöglich zu erachten ist (z. B. Balldroschke, Examensfrack, Gasthofzimmer). Gewissermaßen in der Mitte steht das sog. Fixgeschäft, § 361: Nichteinhaltung der Frist gibt Rücktrittsrecht, begründet aber nicht ohne weiteres Unmöglichkeit der Erfüllung.

3. Wenn sich nach dem zu 1) gesagten keine Befristung ergibt, so ist **sofort** zu leisten, aber auch anzunehmen. Indes ist dies „sofort" nicht buchstäblich, sondern auch wieder nach den Grundsätzen des § 242 zu verstehen.

Das Rechtsverhältnis bei einer Schuld, die ohne Aufschub erfüllt werden muß, nennt man Fälligkeit; s. über den Begriff Pach, Leistungsverzug S. 31, 47. Von der Fälligkeit an beginnt die Verjährung (§ 198), von nun an kann korrekt geklagt werden (obwohl auch eine vorzeitige Klage nicht zur Abweisung, sondern zur Verurteilung auf die richtige Leistungszeit führen wird); und wenn auch der Verzug des

einen oder andern Teils noch nicht ohne weiteres eintritt, so kann doch der Gläubiger durch Mahnung, der Schuldner durch Angebot den Gegner in Verzug setzen.

4. Fällt der nach dem bisherigen ermittelte Tag der Leistung auf einen **Sonn- oder Feiertag**, so findet die Bestimmung des § 193 Anwendung.

5. **Ausnahme**: In manchen Fällen ist nach der Parteiabrede ein mehr oder minder weiter Spielraum für die Leistungszeit gelassen:

a) ist die Zeit dem Belieben des Schuldners überlassen, so mag häufig wegen mangelnder Bestimmtheit der Bestand eines Schuldverhältnisses abzulehnen sein. Steht aber der ernste Verpflichtungswille fest, so wird nach Analogie des für Vermächtnisse Bestimmten (§ 2181) mit dem Todestage des Schuldners die Fälligkeit eintreten.

b) die Zeit der Leistung kann auch vom billigen Ermessen des Schuldners oder ähnlichen Erwägungen abhängig gemacht sein, s. dazu §§ 315 ff. Sie soll z. B. vollzogen werden „sobald als tunlich" oder „sobald es dem Schuldner nach seinen geschäftlichen Verhältnissen möglich ist;" s. zu letzterem Fall Entsch. d. RG. bei Seuffert 47, Nr. 100, S. 146 und RG. SächsArch. 13 198.

6. Zu welcher **Tageszeit** am Leistungstage zu erfüllen sei, sagt BGB. nicht, es kommt „auf die Natur der Leistung und die Verkehrssitte" an, Planck Nr. 5. Für Handelssachen s. HGB. § 358 (gewöhnliche Geschäftszeit). S. auch den Fall bei Seuffert 54, Nr. 78, S. 136 (Angebot an den schon zu Bett gegangenen Gläubiger).

7. **Beweis**: Beruft sich der Schuldner auf eine vom Abs. 1 abweichende Leistungszeit, so muß er beweisen, denn es liegt hier ein ergänzender Rechtssatz vor, der solange anzuwenden ist, bis nicht das Gegenteil als vereinbart feststeht. So die herrschende Lehre, z. B. Planck Nr. 1, Staub, Bechy, Beweislast S. 180, OLG. Königsberg in OLGRspr. V S. 144. Anders allerdings Kaufmann S. 7, und besonders Stölzel, Schulung f. d. ZivPrax. I S. 159, 177, sowie im Recht **01** 503 ff.; **02** 571 ff. (hier auch weitere Angaben aus der Praxis), s. auch RG. 10. V. 84, bei Gruchot **29** 727 ff.

§ 272.

Bezahlt ein Schuldner eine unverzinsliche Schuld vor der Fälligkeit, so ist er zu einem Abzuge wegen der Zwischenzinsen nicht berechtigt.

E. I 232, E. II 229, RV. 266. — Mot. S. 40, Prot. S. 310.

1. **Diskont**: Daß der Schuldner, der von seiner Befugnis vorzeitiger Rückzahlung Gebrauch macht, nicht den Zwischenzins (Diskont) abziehen könne, ist im geltenden Recht überall anerkannt, s. nam. HGB., Art. 334[2], SächsGB. § 719, andere Angaben in den Motiven. Dem folgt das BGB., doch kann natürlich aus besonderer Abrede das Gegenteil sich ergeben, und auf den Fall, wo aus einem besonderen gesetzlichen Grunde die vorzeitige Rückzahlung zu erfolgen hat, bezieht sich die Bestimmung überhaupt nicht; hier kann vielmehr allgemein nur unter Abzug des Zwischenzinses gefordert werden, s. §§ 1133, S. 3, 1217 Abs. 2, S. 2; ZPO. § 65.

Andererseits ist bei irrtümlicher Zufrühzahlung ein Bereicherungsanspruch selbst wegen des Zwischenzinses ausgeschlossen, § 813 Abs. 2.

2. **Berechnung**: Kommt es nach Maßgabe des Gesagten zum Abzug des Diskonts, so fragt sich, wie er zu berechnen sei? Gemeinrechtlich waren drei Methoden vertreten, die nach Carpzow, Hoffmann, Leibniz genannt werden. Die erste berechnet den Zins vom Nennbetrage für die Zwischenzeit und zieht ihn ab, was aber zu absurden Resultaten führt: eine nach 20 Jahren fällige, mit 5% verzinsliche Summe von 10000 hätte heute einen Wert von Null $\left(X + \frac{20.\,5.\,10000}{100} = 10000;\ X = 10000 - 10000 = 0\right)$. Daher suchen die beiden andern eine Summe (X), die mit ihren Zinsen (bezw. nach Leibniz auch Zwischenzinsen) zusammen am Verfalltage den Nennbetrag ausmachen würde, $\left(X + \frac{20.\,5.\,X}{100} = 10000;\ X = \frac{10\,000}{2} = 5000\right)$. Die Hoffmannsche Methode ist schon deshalb richtiger, weil der Zinseszins rechtlich nicht in Betracht zu kommen pflegt; sie ist die

herrschende und in der KO. § 65 gesetzlich anerkannte; sie wird auch für das neue Recht im Zweifel anzuwenden sein.

§ 273.

Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein Anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht).

Wer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, es sei denn, daß er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

Der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

E. I 233—5, E. II 230, RB. 267. Mot. S. 40—4, Prot. S. 310—2.

Literatur: Schlegelberger, Zurückbehaltungsrecht 1904, Langheineken, Anspruch S. 327 ff., sowie die Dissertationen von Rieger, Tübingen 1901, Schönenberg, Gießen 1904, Sonnenschein, Erlangen 1904 und (speziell über „Das Rechtsverhältnis“) Rech, Bonn 1904.

1. Der § 273 erkennt das **Zurückbehaltungsrecht** an, dessen Anwendung und Wirkungen im bisherigen Rechte vielfach bestritten waren (s. für das Gemeine Recht Langfeld, Lehre vom Retentionsrecht, 1886; ferner Landrecht I, 20, §§ 536 ff.; HGB. Art. 313 ff.; SächsGB. §§ 767 ff.). Es findet danach Anwendung allgemein (wie auch wohl im GR., Prot. S. 311) beim Gegenüberstehen zweier fälliger Ansprüche, sofern sie nur „auf demselben rechtlichen Verhältnis“ beruhen, womit das bisherige (gemein- und landrechtliche) Erfordernis der Konnexität wiederholt ist, s. Mot. S. 41.

Dahin gehören folgende Fälle:

a) die Ansprüche stehen im Verhältnis der vertragsmäßigen Leistung und Gegenleistung. Das ist der wichtigste Fall, der vom BGB. in §§ 320 ff. besonders geregelt, übrigens in seinem Verhältnis zum allgemeinen Zurückbehaltungsrecht bestritten ist, s. Bem. 3 zu § 320. Ähnlich der Fall des § 348 und die gegenseitigen Ansprüche auf Rückgabe der aus einem ungültigen Vertrage gemachten Leistungen, s. darüber Bolze ZivArch. 76 234 ff.

b) die Ansprüche gehen zwar jeder auf die vertragsmäßige Leistung, stehen aber nicht in dem Verhältnis zu a). So bei den sog. contractus bilaterales inaequales: z. B. der Anspruch des Auftraggebers auf Herausgabe des Erlangten gegenüber dem des Beauftragten auf Erstattung der Auslagen. (§§ 670 bezw. 667, s. dazu unten Nr. 6.)

c) sie beruhen überhaupt nicht auf Vertrag, oder sind doch nur gelegentlich eines auf eine anderweite Hauptleistung gerichteten entstanden.

So in den §§ 368 (Anspruch auf Quittung), 371 (desgl. auf Rückgabe des Schuldscheins), 403 (desgl. auf Ausstellung einer Abtretungsurkunde), ferner 255, 798, 799.

d) Ob auch gegenüber dinglichen Ansprüchen das Zurückbehaltungsrecht des § 273 in Betracht komme, ist zweifelhaft (dagegen Rieger S. 17, 49 ff., dafür Schlegelberger S. 92 ff.). Für die Verneinung wird angeführt, daß dieser Fall in §. 1000 abweichend geregelt sei. Aber aus der Sonderbestimmung läßt sich sicherlich kein

arg. a contrario im Sinne einer Unzulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts in den sonstigen Fällen dinglicher Ansprüche gewinnen. Auch sie sind Ansprüche, und § 273 redet von solchen allgemein, läßt sich mindestens auf die dinglichen entsprechend anwenden. Allenfalls ist zuzugeben, daß § 1000 für sein Gebiet als engere Vorschrift unserem Abs. 2 derogiert.

2. **Voraussetzungen.**

Das Zurückbehaltungsrecht setzt voraus:

a) Einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger. Über den Begriff der Fälligkeit s. Bem. 3 zu § 271, über den des Anspruchs s. Bem. zu § 194 und Vorbem. vor § 241. Dazu ist noch besonders zu bemerken:

α) Ob ein verjährter Anspruch des Schuldners genüge, ist zweifelhaft. Dafür Rieger S. 24, Regelsberger Jherings Jahrb. **41** 334, Rehbein S. 91 Nr. 77, Schollmeyer Nr. 2 (wegen § 222), dagegen Dernburg § 57, Anm. 7, Endemann § 126, Anm. 17 (wegen § 223 Abs. 2), Langheineken S. 330 (dort weitere Angaben), Schönenberg S. 53, neuestens Schäfer, Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern I S. 437 ff.

Die Argumente aus §§ 222, 223 und 390 sind nicht zwingend. Man wird vielmehr davon ausgehen müssen, daß die Einrede aus § 273 nichts Selbständiges gegenüber dem Anspruch ist, sondern auf seiner Grundlage beruht. Folglich kann auch ihr gegenüber der Gegner sich des Gegenrechtes der Verjährung bedienen und dadurch die Geltendmachung des Anspruches auch in dieser Form ausschließen: der Einrede des ZBR. steht somit die **Replik der Verjährung** entgegen. Hätte das Gesetz sie beseitigen wollen, so hätte es das ebenso wie in den §§ 478, 821, 853 besonders vorschreiben müssen. Dagegen liegt kein Grund vor, das Zurückbehaltungsrecht wegen verjährter Ansprüche von vornherein auszuschließen.

β) Die Zurückbehaltung wegen bloß natürlichen Verbindlichkeiten schließen die meisten aus, so Goldmann S. 315, Schollmeyer Nr. 2a und alle Gegner des Begriffs. Nimmt man an, daß hier überhaupt keine Ansprüche vorliegen, so ist die Verneinung selbstverständlich. Aber auch vom gegenteiligen Standpunkt hat man dasselbe zu sagen, da die fraglichen Fälle ausnahmslos solche sind, in denen das Gesetz jeden auch nur indirekten Erfüllungszwang gegen den Schuldner ausgeschlossen wissen will.

γ) Wegen einredebehafteter Ansprüche gilt das zu α) Gesagte allgemein. Langheineken S. 330 schließt die Zurückbehaltung ihretwegen gänzlich aus.

δ) Die Zurückbehaltung wegen eines erst nach Eintritt des Verzuges fällig gewordenen Gegenanspruches schließt OLG. Hamburg bei Seuffert 55 Nr. 1, S. 1 aus, weil sie Treu und Glauben widerstreite. Das ist schwer einzusehen, allein das Ergebnis rechtfertigt sich aus anderen Gründen: der morose Schuldner haftet auf Ersatz, dieser aber besteht in Herstellung des Zustandes, wie er bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre, d. h. in Erfüllung des Anspruches ohne Zurückbehaltung.

b) Eine **Identität des rechtlichen Verhältnisses**, auf dem die beiden Ansprüche beruhen; beide müssen konnex sein. S. über den sehr bestrittenen Begriff der Konnexität Endemann S. 710, Rieger S. 26 ff., 34 ff., Schlegelberger S. 87 ff., Schönenberg S. 33 ff., besonders aber Rech aaO.

α) Keinenfalls ist Identität des Rechtsverhältnisses nötig, aus dem beide Ansprüche entspringen. Das Gesetz gebraucht, bei seinem strengen Sprachgebrauch offenbar absichtlich, den damit durchaus nicht gleichbedeutenden (anders Rech S. 12) Ausdruck „rechtliches Verhältnis". Unter diesem muß man nach Wortlaut und Sinn jedes rechtlich geregelte, bedeutsame Verhältnis verstehen.

β) Entscheidend ist also die Identität des Lebensverhältnisses (so auch RG. 14 Nr. 57, S. 231, Planck Nr. 2a, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. II, 1b). Ein solches gehört aber der Welt der Tatsachen an. Es fragt sich somit, in welchem Sinne der die beiden Ansprüche erzeugende Tatbestand gemeinschaftlich sein muß. Schlegelberger fordert einen identischen Tatbestand. Aber das würde, streng durchgeführt, die Anwendung des Zurückbehaltungsrechtes außerordentlich einengen, und ist außerdem zu unbestimmt, denn es fehlt der Beurteilungsmaßstab für die keineswegs selbstverständliche Frage, wann der Tatbestand identisch sei. Allzuweit ist umgekehrt Endemanns Lehre, daß von einer Einheit des Tatbestandes überhaupt abzusehen sei; die Ansprüche müßten nur aus einer „Wurzel" (!) entstanden sein und dazu „in rechtlich anzuerkennender Gebundenheit voneinander stehen". Schärfer Rech: es ist erforderlich die Anwendbarkeit einer Rechtsnorm auf die den Tatbeständen der zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsbeziehungen gemeinsamen Tatsachen (S. 26). Es

ist also nötig Identität mindestens eines Tatbestandmomentes und Unterstellung desselben unter eine Rechtsnorm, s. die Abgrenzung S. 55ff. Aber dadurch wird der formaljuristischen Betrachtungsweise auf Kosten der unbefangenen Wertung der tatsächlichen Zusammengehörigkeit der beiderseitigen Ansprüche zu viel eingeräumt.

Man wird vielmehr das teleologische Moment für die Beurteilung als entscheidend hervorzukehren haben. Es kann für die Frage, ob die beiderseitigen Ansprüche aus demselben Tatbestand, demselben Lebensverhältnis entspringen, nicht auf die Identität der Merkmale, sondern nur auf die des Zweckes ankommen. Darum findet ZBR. statt im Verhältnis von zwei Erstattungsansprüchen aus einem nichtigen Geschäft, obwohl doch der Tatbestand formell betrachtet verschieden (der Anspruch jeder Partei beruht allein auf ihrer Leistung) und ein einheitliches Rechtsverhältnis gar nicht entstanden war (so auch Rech S. 65ff.). Ferner kann der Geschäftsführer, der zu einheitlichem Zweck eine Vielheit von Sachen zusammengekauft hat, die eine zurückbehalten auch wegen der auf die anderen gemachten Aufwendungen.

Auf die Identität des (rechtlich geregelten) Lebensverhältnisses stellen, ähnlich dem hier Gesagten, auch ab RG. 14 Nr. 57, S. 231 und, die frühere Entscheidung in Bezug nehmend, Bd. 57, Nr. 1, S. 7, ferner OLG. Hamburg in OLGRspr. III S. 354 und OLG. Karlsruhe das. III S. 355. Ähnlich auch Planck Nr. 2aß und Dernburg § 57 Anm. 11, die aber statt von der Einheitlichkeit des Zweckes von der Auffassung des Verkehrs und vor allem, minder bestimmt, von Treu und Glauben als dem für die Entscheidung maßgebenden Gesichtspunkt ausgehen.

3. **Gegenstand:** Man kann zurückbehalten Leistungen jeder Art; nicht nur Sachen, sondern auch Handlungen (Erteilung von Unterricht, Vornahme einer Reparatur — anders GR. und Landrecht, I, 20, § 536), und zwar an sich auch negative Handlungen, ein Fall, auf dessen Möglichkeit der gegenüber dem ersten Entwurf geänderte Wortlaut („verweigern" statt „zurückhalten") laut Prot. S. 312 geradezu hinweisen soll. Doch sind bei der Zurückbehaltung von Unterlassungen zur Vermeidung höchst anstößiger Ergebnisse die Beschränkungen der Nr. 4 wohl zu beachten. Wegen einer Zurückbehaltung von Arbeitspapieren und -Büchern s. v. Schulz-Schalhorn, Das Gewerbegericht Berlin, S. 146.

4. Aus der Eigenart des Verhältnisses kann sich der **Ausschluß des Rückbehaltungsrechtes** für besondere Fälle ergeben. So bei gesetzlicher Sonderbestimmung, z. B. nach Abs. 2 a. E., ferner § 556; bei besonderer Abrede; ferner allgemein, wenn der Schuldner vorleisten muß, endlich wenn durch die Zurückbehaltung der ganze Leistungszweck dauernd unmöglich gemacht wurde. S. z. B. den Fall bei Petrazycki, Einkommen II, S. 520 („retentionsweise" Unterlassung der Fütterung eines zur Verwahrung übernommenen Pferdes).

Aus dem letzteren Grunde wird das Rückbehaltungsrecht bei Unterlassungen (s. Nr. 3) nur sehr vorsichtig und mit Unterschieden zu gewähren sein („Retention" der Unterlassung, ein Konkurrenzgeschäft zu eröffnen). Beispiele gibt Schlegelberger S. 140, s. auch Rieger S. 43, Schollmeyer Nr. 1b, der mit Recht nur bei der Pflicht zum fortgesetzten Unterlassen die Möglichkeit der Zurückbehaltung annimmt.

Eine der meist bestrittenen Fragen des Schuldrechts ist die, ob gegenüber unpfändbaren Ansprüchen die Zurückbehaltung ausgeschlossen sei; insbesondere gegenüber dem Lohnanspruch der Arbeiter. Denn die Unstatthaftigkeit der Aufrechnung ihnen gegenüber (§ 394) scheint die der Zurückbehaltung im Gefolge zu haben, zumal, wenn auch der Gegenanspruch auf Geld geht, die Zurückbehaltung sich also praktisch zur Aufrechnung zu gestalten scheint (s. Dernburg § 59 Nr. III).

a) Viele Autoren verwerfen infolgedessen die Zurückbehaltung gegenüber dem Lohnanspruch, da sonst der Zweck des Aufrechnungsverbotes vereitelt werden könne. So Endemann § 145 Anm. 25; Fröhlich, JW. 03 118ff.; Fuld, Gewerbegericht 5 190ff.; Lippmann, Iherings Jahrb. 43 542ff.; Lotmar, Arbeitsvertrag S. 423ff. (der zwar scharf den Gegensatz der Zurückhaltung zur Aufrechnung hervorhebt, aber doch S. 430 wegen der Analogie des § 394 gegen ihre Zulässigkeit entscheidet), Rieger S. 68—9; v. Schulz-Schalhorn, Gewerbegericht Berlin S. 150ff.; Sigel, Gewerblicher Arbeitsvertrag S. 110ff.; Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung S. 77ff.; Wallroth, ArchBürgR. 21 50ff.; Wolff das. 26 315ff. So auch die vorherrschende Praxis der Gewerbegerichte.

b) Den gegenteiligen Standpunkt nimmt die größere Hälfte der Schriftsteller ein, teils wegen der angenommenen Verschiedenheit von Aufrechnung und ZB., teils

trotz Anerkennung ihrer praktischen Gleichwertigkeit. So Burchardt DJZ. 00 264; Crome § 192 Anm. 40; Dernburg § 59, II; Goldmann S. 316; Kober-Staudinger Nr. II 2b zu § 614; Langheineken, Anspruch S. 329; Pappenheim DJZ. 02 86ff.; Planck Nr. 2aγ, Rohs JW. 02 602/3; Schlegelberger S. 134ff.; Schollmeyer § 394 Nr. 1, Schmelzle, Bl. f. Rechtsanw. 66 289ff., 305ff.; Staub zu § 59 Anm. 34; Weigelin, Recht zur Aufrechnung S. 109ff.

So auch die vorwiegende Praxis der Berufsgerichte, z. B. OLG. Cöln bei Seuffert 58 Nr. 115 S. 217ff. und Gewerbegericht 8 122, KG. vom 14. III. 03 bei Seuffert 59 Nr. 52 S. 91, OLG. Kiel vom 27. X. 02 in OLGRspr. VI S. 225, OLG. Rostock vom 21. XI. 01, DJZ. 02 388 (Rspr. IV S. 28). Weitere Angaben bei Warneyer zu § 273, II.

c) Bei einzelnen Autoren findet man einen vermittelnden Standpunkt. So bei Stammler, Richtiges Recht S. 352: es kommt darauf an, ob die Zurückbehaltungsmöglichkeit dem Prinzip von Treu und Glauben im Einzelfall entspricht, ferner Geib KrVJSchr. 46 15ff.

Ähnlich wie Stammler OLG. Hamburg vom 12. X. 01 bei Seuffert 57 Nr. 56 S. 94, wo die Rückbehaltung daher nur wegen eines Anspruchs aus vorsätzlicher Schadenszufügung gestattet wird (dagegen Pappenheim aaO.).

S. auch die Übersicht der Streitfrage in Neumanns Jahrb. 2 172ff.

Der herrschenden Meinung (zu b) gebührt der Vorzug. Richtig ist freilich, daß durch das Aufrechnungsverbot der Erfolg gehindert werden soll, daß dem Arbeiter ohne reale Leistung sein Lohnanspruch genommen werde. Würde die Zurückbehaltung wirklich, wie neben den meisten Gegnern besonders Dernburg annimmt, denselben Effekt wie die Aufrechnung erzielen, dann müßte eine freiere Auslegung des Gesetzes zweifellos auch sie ausschließen, um zu vermeiden, daß die den Arbeitern nach der Ansicht des Gesetzgebers gebührende Wohltat ihnen auf einem Umwege wieder entzogen werde. Aber mit den meisten Anhängern der herrschenden Meinung (besonders Pappenheim S. 90, Langheineken, Schlegelberger), denen Lotmar und Wallroth insoweit zustimmen, ist jene Prämisse zu beanstanden. Die Zurückbehaltung bedeutet nur ein Hinausschieben der Erfüllung, sie tastet die Existenz des beeinflußten Anspruches nicht an: es bleibt die rechtlich nie und wirtschaftlich keineswegs immer verschränkte Möglichkeit, ihn durch Beseitigung des Gegenanspruches wieder durchführbar zu machen; Pfandrechte und Bürgschaften erhalten sich; die Zinsen laufen weiter. Nach eingetretener Verjährung des Gegenanspruches kann das Zurückbehaltungsrecht abgewehrt werden, s. oben Nr. 2aα. Höchstens in der Vollstreckungsinstanz kann sich ein der Aufrechnung gleichartiges Endergebnis bilden, aber auch das nur, wenn der Gegenanspruch gleichfalls auf Geld ging.

Daß ferner der Wortlaut des § 273 die Zurückbehaltung nicht ausschließt, ist unbestreitbar, und er hat ebensogut Anspruch auf Beachtung wie § 394, der keineswegs mit Wallroth ihm gegenüber als lex specialis zu erachten ist. Wohl aber ist § 394 eine lex singularis, ein entsprechender Anwendung unfähiger Ausnahmesatz.

Auch aus rechtspolitischen Gründen empfiehlt sich unser Ergebnis, da das Aufrechnungsverbot gegen Lohnforderungen in seiner schrankenlosen Anerkennung ohnedies ziemlich bedenklich ist, in seiner Erstreckung auf die Zurückbehaltung den Arbeitgeber dem Arbeiter gegenüber selbst bei vorsätzlicher Schädigung so gut wie völlig schutzlos machen, ihm das einzige Schutzmittel vollends entziehen würde.

Über das Verhältnis der Rückbehaltung und Einbehaltung des Lohnes s. Lotmar S. 436.

5. **Wesen und Wirkung.**

a) Das Zurückbehaltungsrecht ist kein selbständiges subjektives Recht, sondern eine besondere Form für die Geltendmachung eines anderweiten, meist persönlichen Rechtes (Anspruches), nämlich in Gestalt einer Einrede, s. Crome I, § 124, Rieger S. 8. Auch als Recht des rechtlichen Könnens (Gestaltungsrecht) wird man es nicht auffassen können, da seine Geltendmachung keine anderweite Gestaltung der Rechtsverhältnisse herbeiführt.

b) Der Retentionsberechtigte kann die Leistung verweigern, doch er wird nicht frei — s. auch § 274 — sondern gewinnt gegen die Klage nur eine (dilatorische) Einrede (exceptio doli). Daher kann der an sich vorhandene Anspruch des Klägers noch verjähren (§ 202), und von einer Geltendmachung von Amts wegen ist keine Rede. Ebensowenig kann der leistende Rückbehaltungsberechtigte die in Unkenntnis vorgenommene Leistung zurückfordern, § 813 Abs. 1. S. auch § 404.

Ferner verfällt der aus § 273 die Leistung weigernde Schuldner nicht in Verzug, kann aber durch Mahnung seinerseits den Gegner in Verzug setzen, ja in der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes dürfte vielfach bereits ohne weiteres eine Mahnung zu finden sein.

6. Insbesondere **Abs. 2** regelt einige besonders wichtige Fälle des Rückbehaltungsrechtes. Auf welchem Grunde dabei die „Verpflichtung zur Herausgabe" beruht, ist gleichgültig: Kaufanspruch, Ansprüche aus dem Leih-, Miets-, Verwahrungsvertrag. Es kommen hier also besonders auch die Fälle zur Geltung, wo einer actio directa nach römischer Terminologie eine actio contraria gegenübersteht

Auch dingliche Ansprüche fallen richtiger Ansicht nach unter Abs. 2 (s. oben Nr. 1), nur drängt beim Eigentumsanspruch die Sondervorschrift des § 1000 seine Anwendung für ihren Bereich zurück. Umsoweniger kann der Kläger dem Zurückbehaltungsrecht dadurch entgehen, daß er statt des diesem ausgesetzten persönlichen den dinglichen Anspruch erhebt, so mit Recht OLG. Kiel vom 19. XI. 01 bei Seuffert 57 Nr. 102 S. 180 (OLGRspr. 4 27).

Der Hauptunterschied zwischen beiden Absätzen besteht darin, daß Abs. 2 das Erfordernis der Konnexität nicht wiederholt, sondern kraft praesumtio iuris et de iure als ein für allemal in den entsprechenden Fällen vorhanden unterstellt: es genügt hier der tatsächliche Zusammenhang, wie er durch die gemeinsame Beziehung auf den Gegenstand geschaffen ist.

7. Der Kläger kann (mittels replicatio) das Zurückbehaltungsrecht **durch Sicherheitsleistung ausschließen**, anders als in dem besonderen Fall der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, § 320 Abs. 1 S. 3 (über den Grund der Verschiedenheit s. Planck Nr. 4). Die zu stellende Sicherheit bestimmt sich gemäß §§ 232ff., mit Ausnahme nur der hier ausgeschlossenen Bürgen. S. dazu Schlegelberger S. 179ff. Es liegt in dieser dem Kläger verliehenen Möglichkeit nicht eine facultas alternativa (so Otto, SächsA. S. 229), denn die Sicherheitsleistung tilgt nicht den Anspruch, sondern höchstens das Einrederecht des Gegners. Über den Zeitpunkt, bis zu dem sie statthaft ist, s. Schlegelberger S. 183, Schollmeyer Nr. 4.

8. Das **handelsrechtliche** Zurückbehaltungsrecht trägt einen besonderen Charakter, HGB. §§ 369ff.

9. Das ZBR. ist in § 273 dispositiv geregelt; nichts steht grundsätzlich seiner vertragsmäßigen Erweiterung da, wo die beiden Ansprüche nicht konnex sind, entgegen. Es dient dann als Ersatz des Pfandrechts (s. dazu RG. bei Seuffert 59 Nr. 159 S. 279). Aber natürlich müssen die tatsächlichen Voraussetzungen der „Zurückbehaltung" gegeben sein, damit die Abrede ein Recht zu dieser schaffen kann. Das trifft z. B. für den Vermieter gegenüber den eingebrachten Sachen des Mieters nicht zu, da er sie nicht in Besitz hat — die Abrede, daß er auch an den unpfändbaren Mietersachen ein „Zurückbehaltungsrecht" haben soll, kann somit ein solches nicht begründen, s. Bem. zu § 559.

Andererseits kann das ZBR. auch durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden.

§ 274.

Gegenüber der Klage des Gläubigers hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nur die Wirkung, daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilen ist.

Auf Grund einer solchen Verurteilung kann der Gläubiger seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, wenn der Schuldner im Verzuge der Annahme ist.

E. I 234 S. 1, E. II 231, RB. 268. — Mot. S. 43, Prot. S. 312—3.

1. Entsprechend dem GR. wird die **Wirkung der Einrede** aus § 273 gegenüber anderen dilatorischen Einreden entsprechend abgeschwächt.

Auch hier gilt besonderes für den Fall der Einrede des nicht erfüllten Vertrages § 322.

2. Das **„Zug um Zug"** läßt sich nicht immer mechanisch durchführen; alsdann muß es nach Plancks treffenden Worten (Nr. 1) genügen, „wenn die Leistung in solcher Art erfolgt, daß der Leistende die volle Sicherheit hat, unmittelbar darauf die ihm gebührende Leistung zu erhalten."

3. Wegen der **Vollstreckung** eines auf Leistung Zug um Zug gerichteten Urteils s. die neuen Bestimmungen in der ZPO. §§ 726 Abs. 2, 756, 765.

Vorbemerkung zu §§ 275/83.

Literatur über Unmöglichkeit und Unvermögen:

Kisch, Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Leistung, 1900 (dazu Titze KrVJSchr. **45** 338 ff.); Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen, 1900 (dazu Kisch, Grünhuts Zeitschrift **29** 311 ff.); ders. in Jherings Jahrb. **43** 105 ff.; Titze, Unmöglichkeit der Leistung, 1900 (dazu Kisch KrVJSchr. **44** 506 ff.); Biermann ArchZivPr. **91** 73 ff.; H. A. Fischer in der Rostocker Festschrift für v. Amsberg, 1904 (SA.).

Unmöglichkeit, absolute	3a.	**Unmöglichkeit, natürliche**	1.	**Unmöglichkeit, völlige**	4.
„ **anfängliche**	2.	„ **rechtliche**	1.	„ **zeitweilige**	5.
„ **dauernde**	5.	„ **relative**	3a.	**Unvermögen**	3b.
„ **fingierte**	6.	„ **teilweise**	4.	**Verzug**	5b—c.
„ **nachfolgende**	2.				

1. Die Unmöglichkeit der Leistung kann ihren **Grund sowohl in Naturgesetzen wie in der Rechtsordnung** haben, dies z. B. beim Versprechen einer verbotenen Leistung, eines unveräußerlichen Gegenstandes, im Fall des Ausfuhrverbotes. Beides wird überall gleich behandelt.

2. Die Unmöglichkeit der Leistung ist **bald eine anfängliche, bald eine nachfolgende.** Von der ersteren braucht das Gesetz noch nicht hier zu sprechen, sondern erst in der Materie des Vertrages, §§ 306 ff.; denn daß außerhalb der Parteiabrede, also durch Gesetz, ein auf unmögliche Leistungen gerichtetes Schuldverhältnis angeordnet werde, ist offenbar widersinnig.

3. Man hat ferner zu scheiden zwischen **objektiver und subjektiver Unmöglichkeit.** Das BGB. behandelt beide in Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht verschieden und erkennt allein jene als wahre Unmöglichkeit an, während es diese nur als bloßes **„Unvermögen** des Schuldners zur Leistung" bezeichnet, § 275 Abs. 2 (Beispiel: Das versprochene Pferd stirbt — der Schuldner verliert nur vor vollzogener Leistung das Eigentum oder den Besitz daran).

Die für Unmöglichkeit und Unvermögen sowie ihre Abgrenzung entscheidenden Gesichtspunkte sind schwierig und neuestens stark bestritten:

a) Objektive Unmöglichkeit. In Bezug auf sie stehen sich zwei Grundanschauungen gegenüber:

α) Nach der einen, strengeren ist der Begriff ein logischer: Unmöglichkeit deckt sich mit „Notwendigkeit des Nichtgeschehens" (Hartmann, Obligation S. 172). So Wendt ArchZivPrax. **92** 53 ff., 58, Binder in der Besprechung von Kisch und Titze ZHR. **52** 598 ff., der nur Milderungen auf Grund der Parteiabrede eintreten läßt, im wesentlichen auch Biermann aaO., Landsberg S. 312 (mit Einschränkungen) und Kleineidam, Unmöglichkeit S. 14 sowie bei Jhering Jahrb. **43** 108 ff., der nur dadurch zu mildern versucht, daß er den Schuldner nicht auf die Leistung, sondern auf zweckentsprechende Bemühungen zu ihrer Herstellung haften läßt (dies eine verfehlte Annahme, die schon daran scheitert, daß die Leistung eines dritten den Schuldner nach § 267 befreit, auch wenn er sich nicht im geringsten selbst „bemüht", während bloße „Bemühungen" des dritten ihr nichts nützen).

β) Die andere Lehre, besonders von Kisch und Titze vertreten, verwendet einen vom logischen verschiedenen spezifisch juristischen Begriff der Unmöglichkeit, dafür u. a. auch Kuhlenbeck-Staudinger Vorbem. 5aγ.

Auch eine rein logisch betrachtet mögliche Leistung soll von der Rechtsordnung als eine unmögliche gewertet werden, wenn ihr solche Hindernisse entgegenstehen, daß dem Schuldner die Leistung nicht zugemutet werden darf. Welche Umstände so wirken, läßt sich nicht ein für allemal inhaltlich bestimmen, es kommt auf die Größe der Schwierigkeit im Verhältnis zum Schuldzweck, auf die Eigenart des Schuldverhältnisses

an. Titze S. 9 verweist insbesondere auf die **Billigkeit**, S. 9, Kisch dagegen (Besprechung von T. S. 509) auf die **Gesamtheit der Umstände**.

Man wird dieser **relativen** Lehre den Vorzug geben müssen. Sie war schon vorbereitet durch die Entwicklung des römischen gemeinen Rechts mit seiner Überwindung des ius strictum durch die durchaus relativ gestalteten obligationes bonae fidei. Sie entspricht nunmehr allein dem in § 242 aufgestellten Leitsatz von der Beurteilung nach Treu und Glauben. Die Lehre der Gegner würde in manchen Fällen, besonders nach § 279 (s. Bem dazu), zu ungeheuer harten Folgerungen führen. Auch sie sehen sich daher zu manchen Einschränkungen veranlaßt, und sie brechen ihrer Lehre von vornherein die Spitze ab, wenn sie, wie meist, neben der absoluten auch eine relative Unmöglichkeit anerkennen.

Allerdings führt die hier verfochtene Anschauung möglicherweise zu einer gewissen Unsicherheit der Beurteilung, und vor allem zu Schwierigkeiten in der Abgrenzung gegenüber dem Unvermögen, indem sie auch der Unmöglichkeit individuelle Momente beimischt. So steht denn Titze de lege ferenda der Unterscheidung beider skeptisch gegenüber, und Fischer S. 10ff., 18 möchte sie ganz aufgehoben wissen. Aber das ist kein entscheidender Grund bei einem Gesetzbuch, das auch sonst mit vollem Bewußtsein die Unsicherheiten individualisierender Betrachtungsweise den Härten einer schematisch festen Regel vorzuziehen pflegt. Und der Gegensatz zum Unvermögen wird bei richtiger Erfassung und Begrenzung unseres Unmöglichkeitsbegriffes keineswegs aufgehoben. Auf alle Fälle gilt es Vorsicht: bloße Schwierigkeiten der Leistung, ungewöhnlich hohe Geldopfer u. dergl. begründen niemals für sich eine Unmöglichkeit, sondern allein solche Umstände, deretwegen die Leistung nur unter Aufopferung oder außergewöhnlicher Gefährdung eines im Sinne der Rechtsordnung gegenüber dem Gläubigerinteresse **höherwertigen** Schuldnerinteresses vollzogen werden kann, insbesondere mit unvorhergesehenen Gefahren für Leben, Gesundheit und Sittlichkeit (so Kisch S. 13), s. auch die Beispiele aus der Praxis bei Titze S. 5ff.

b) **Unvermögen.** Seine Unterscheidung von der Unmöglichkeit ist leicht von dem oben verworfenen Standpunkt zu αα, schwieriger von dem zu β. Man kann ausgehen entweder von einem **genetischen** Moment: liegt der Unmöglichkeits**grund** in der Person des Schuldners, so ist nur Unvermögen vorhanden, wenn die Leistung auch aus anderen (subjektiven) Gründen gleichmäßig für alle andern unmöglich ist. So **Biermann** aaO. S. 85—6. Oder man sieht den Unterschied in der Verschiedenheit des zur Leistung unvermögenden Personenkreises: bloßes Unvermögen ist vorhanden, wenn nur **gerade der Schuldner** infolge seiner besonderen Verhältnisse nicht leisten kann, während ein **anderer** dazu **fähig** wäre. Bei der letzteren Auffassung müßte aber jedenfalls hinzugefügt werden: ein an Stelle des Schuldners in seine **allgemeine, typische Leistungslage** versetzt gedachter anderer, da die Unmöglichkeit offenbar nicht dadurch ausgeschlossen werden kann, daß ein dritter an ganz anderem Ort, zu ganz anderer Zeit zu erfüllen imstande wäre. Es geht also zu weit, nur die schlechthin für „**jedermann**" bestehende Unm. als objektive Unm. zu bezeichnen (so **Dernburg** § 60, I, ähnlich wie hier **Biermann** S. 84, **Fischer** S. 13).

Aber auch mit dieser Maßgabe scheint die zweite Auffassung, wie **Biermann** überzeugend dargelegt hat, bedenklich. Ist dem Verkäufer die geschuldete Sache gestohlen, so tut es dem Charakter seines bloßen Leistungsunvermögens keinen Abbruch, daß auch alle andern, weil sie nicht Eigentümer sind und die Sache unter § 935 fällt, zur Eigentumsverschaffung unvermögend sind. Anders allerdings, wenn die Sache verloren oder die gestohlene spurlos verschwunden, ganz aus dem Verkehr herausgelangt ist. Hier hat der Umstand nicht nur den Schuldner persönlich, sondern den Leistungsgegenstand getroffen, seine Lieferbarkeit objektiv ausgeschlossen.

Ist andererseits der Schuldner subjektiv vermögend zur Leistung, so kann der etwaige Umstand, daß sie für alle anderen unmöglich ist, nicht in Betracht gezogen werden (so auch **Biermann** S. 84). Denn da er und nur er zu leisten hat, kommt es auf die Leistungsmöglichkeit dritter solange nicht an. Insoweit ist die Frage des subjektiven Leistungsvermögens **vor** diejenige der objektiven Leistungsmöglichkeit zu stellen. So kann z. B. nur der bestimmte Maler das von ihm versprochene Porträt leisten. Die Besonderheit dieser Fälle besteht bloß darin, daß mit dem subjektiven Unvermögen des Schuldners die ihrer Eigenart nach nur gerade von ihm vollziehbare Leistung auch ohne weiteres objektiv unmöglich wird. Der Zufall hat also mit der Leistungsfähigkeit des Schuldners die Vollziehbarkeit der Leistung selbst betroffen. Bei **Unterlassungspflichten** dürfte das mit Kisch (zu Titze S. 512) allgemein anzunehmen sein.

Nur von dem hier eingenommenen Standpunkt aus erklären sich die Fälle, wo das Unvermögen des Schuldners im Fehlen des Rechtes (oder des Besitzes) besteht, das er zur wirksamen Vornahme der geschuldeten Leistung besitzen muß, z. B. Veräußerung einer fremden Sache oder Forderung. Wohl allgemein rechnet man sie zum Unvermögen, obwohl doch auch ein anderer in der Lage des Schuldners nicht leisten könnte, falls er nicht zufällig der wahre Berechtigte (Besitzer) wäre. Die Lösung der Schwierigkeit dürfte darin liegen, daß es doch immer nur die, wennschon auch bei allen anderen mit Ausnahme des Rechtsträgers gleichmäßig vorhandene, mangelnde Rechtszuständigkeit ist, die die Leistung hindert, nicht die Eigenart der Leistung selbst, für sich betrachtet.

Objektiv unmöglich ist somit die Leistung, die von sich selbst aus, subjektiv diejenige, die aus den persönlichen — nicht notwendig bloß bei ihm allein vorliegenden — Verhältnissen des Schuldners heraus nicht vollzogen werden kann. Die Unmöglichkeit betrifft direkt die Leistung, das Unvermögen zunächst den Leistungspflichtigen und nur mittelbar jene.

Umgekehrt soll nach den meisten wahre Unmöglichkeit vorliegen, wenn die zu verschaffende Sache (das Recht) dem Gläubiger zusteht oder später zufällt. So RG. ZS. V vom 7. V. 1904 bei Gruchot 48 880 und die bei Oertmann DJZ. 1905 Nr. 11 zitierten Entscheidungen, die daraus folgern, daß eine Wandlung wegen des vom Verkäufer in der Zwangsversteigerung zurückerstandenen Grundstücks nicht mehr möglich sei (s. Bem. zu § 467). Aber gerade diese Konsequenz erweist die ganze Anschauung als unhaltbar, denn sie führt dazu, nach §§ 467, 350 ff. dem Käufer bei unverschuldet erlittener Zwangsversteigerung den Anspruch auf Rückgabe des Kaufpreises ohne jede Gegenleistung zu verschaffen. S. gegen die herrschende Lehre schon Hartmann, Die Obligation S. 7, 110 ff. und die dort zitierte l. 19 D. 44, 7; für dieselbe wiederum Schollmeyer zu § 275 Nr. 3, Hellmann ArchZivPr. 90 432/3, s. auch Binder Korrealobligationen S. 45—7 (alle für den Fall des sogen. concursus duarum lucrativarum causarum). Nicht dafür sprechen die römischen Stellen, nach denen eine dem Promissar bereits gehörige Sache nicht wirksam versprochen werden kann, da sie als entscheidenden Grund nicht das logische, sondern das teleologische Moment angeben: daß dem Gläubiger „nihil abest“. l. 108 § 4 D. XXX.

Von dem hier verfochtenen Standpunkt aus liegt in den fraglichen Fällen gleichfalls nur ein Unvermögen des Schuldners vor, und zwar ein vielleicht nur zeitweiliges, beruhend auf dem Fehlen der Rechtszuständigkeit. Nicht die Eigenart der Leistung als solcher, sondern nur die eigentümlichen subjektiven Verhältnisse der Beteiligten schließen die Erfüllbarkeit aus; das Schuldverhältnis kann nur aus dem Gesichtspunkte des fehlenden oder erledigten Zweckes in Frage gezogen werden.

Unmöglichkeit und Unvermögen werden (als nachfolgende) bei Speziesschulden gleich behandelt, nicht aber bei Gattungsschulden, § 279. E. I dagegen ließ das Unvermögen im Prinzip außer Betracht und machte davon eine lediglich Ausnahme bei „in sich bestimmten Gegenständen“.

4. **Teilweise Unmöglichkeit.** Die Unmöglichkeit braucht nicht die ganze Leistung ergreifen, sie kann sich auf einen Teil davon beschränken.

Jede Leistung bestimmt sich durch drei Momente (s. dazu besonders Titze S. 31 ff., 148 ff.): Inhalt, Ort und Zeit. Also kann auch die Unmöglichkeit bei jedem von ihnen Platz greifen, und sie ist dann an sich nur eine teilweise. Anders nur bei der den gesamten Inhalt treffenden Unmöglichkeit — sie erstreckt sich ohne weiteres auch auf Zeit und Ort; etwas inhaltlich Unmögliches kann eben nirgendwann und nirgendwo geleistet werden.

Aber auch in andern Fällen kann eine Totalunmöglichkeit im Rechtssinn anzunehmen sein:

a) Die an sich teilweise vorhandene inhaltliche Unmöglichkeit ist dann als völlige zu behandeln, wenn durch sie der Leistungszweck nicht nur beeinträchtigt, sondern völlig vereitelt wird, z. B. die Mietwohnung ist nicht heizbar (s. weitere Beispiele bei Titze S. 47).

b) Dasselbe kann auch dann eintreten, wenn die Unmöglichkeit nur die Zeit oder nur den Ort der Leistung trifft, Titze S. 43, 34.

Auch die teilweise Unmöglichkeit kann der Gläubiger unter Umständen als eine totale behandeln; so im Fall des § 280 Abs. 2, s. Bem. dazu, s. ferner auch wegen der gegenseitigen Verträge §§ 323 ff.

Eine teilweise Unmöglichkeit, nämlich eine solche in Ansehung der Zeit, bewirkt — nicht ist — auch jeder Verzug, sowie jede Verspätung einer an bestimmte Zeit gebundene Leistung (Titze aaO., Planck zu § 286 Nr. 1 [mit mißverständlicher Formulierung a. A.]), nicht überzeugend dagegen Dernburg § 71 Anm. 3, Kisch, Grünhuts Zeitschrift **29** 351). Aber das Gesetz behandelt diesen Fall besonders, und zwar offenbar in ausschließendem Sinne; es können dabei zur Beurteilung der Verzugsfolgen nicht noch die allgemeinen Unmöglichkeitsregeln herangezogen werden (so richtig Lehmann ArchZivPrax. **96** 70–1, 101). Das Zeitmoment erscheint dem Gesetze eben grundsätzlich nicht wichtig genug, um an seine Verletzung die strengen Unmöglichkeitsfolgen anzuknüpfen. Anders nur, wenn durch die Verspätung eine völlige, auch inhaltliche Unmöglichkeit eingetreten ist (s. oben lit. b).

5. **Dauernde und zeitweilige Unmöglichkeit.** Unter der letzteren kann man verschiedenes verstehen:

a) Es ist (oder wird) unmöglich, daß die Leistung zur rechten Zeit vollzogen wird. Dann liegt eine teilweise Unmöglichkeit in dem zu 4. bestimmten Sinne vor, die möglicherweise als totale behandelt wird (s. unten), in der Regel aber nicht weiter wirkt als sie reicht. Sie hemmt nur zur Zeit die Leistung, sodaß der Schuldner, wenn er sie nicht zu vertreten hat, grundsätzlich nicht in Verzug kommt, § 285, aber nicht befreit wird, s. auch unten Nr. 4b hinter d zu § 275. Nur bei Dauerleistungen während bestimmter Zeit (z. B. Miete, Leihe) bewirkt — nicht ist — die Unmöglichkeit der Leistung zur rechten Zeit auch ohne weiteres eine teilweise Unmöglichkeit in Ansehung des Inhalts, s. auch Schöller, Gruchots Beitr. **45** 546, **46** 2–3, Kisch S. 18 ff., 24 ff., sowie zu Titze S. 515; skeptisch gegen den ganzen Begriff Titze zu Kisch S. 351 ff.

Wann die zeitweilige Unmöglichkeit übrigens als totale behandelt werde, bestimmt sich wiederum danach, ob der ganze Leistungszweck durch die Verspätung vereitelt wird oder nicht. Interessante Beispiele gibt die Praxis, s. besonders RG. ZS. III vom 12. VII. 89 bei Seuffert 45 Nr. 176 S. 282 (Gem. Recht) und ZS. I vom 6. VII 98 das. 57 Nr. 81 S. 140 (=Entsch. 42 Nr. 27 S. 115, desgl.). In beiden Fällen war eine Mühle, von der ein nur gerade dort herstellbares Mehl geliefert werden sollte, verbrannt, sodaß ihre Inbetriebsetzung und damit die geschuldete Leistung auf längere Zeit (6–8 Monate) unmöglich geworden war. Das RG. folgert daraus beidemale eine dauernde, befreiende Unmöglichkeit der Leistung. Der Zweck des Vertrages sei durch den unverhältnismäßigen Lieferungsaufschub unmöglich geworden, zumal bei einer Ware, die „sehr erheblichen Konjunkturen und Preisschwankungen unterliegt.“ „Die Unmöglichkeit stellt sich im Sinne des Rechts auch dann als eine dauernde dar, wenn zufolge einer notwendigen Verzögerung der Lieferung der Leistungsinhalt ein anderer wird.“

Wo dem nicht so ist, löst dagegen die zeitweilige Unmöglichkeit die Wirkungen der dauernden noch nicht aus. Auch wenn verschuldet, kann sie insbesondere einen endgültigen Ersatzanspruch wegen totaler Unmöglichkeit noch nicht erzeugen, so auch OLG. Kiel, OLGRspr. VI S. 226. Allerdings wird es, wenn der Gegner die derzeitige Unmöglichkeit der ihm geschuldeten Leistung beweist, Sache des Schuldners sein, Umstände darzulegen, welche das demnächstige Möglichwerden innerhalb angemessener Frist vermuten lassen. So auch im wesentlichen RG. 52 Nr. 25 S. 95 (für den insoweit gleichliegenden Fall des Unvermögens).

Natürlich kann auch durch Vertrag die Wirkung einer etwa eintretenden zeitweiligen Unmöglichkeit besonders bestimmt, sie insbesondere einer dauernden schlechthin gleichgestellt werden.

Eine entsprechende Wirkung erzeugt auch das bloße Unvermögen (z. B. der Schuldner ist zeitweilig nicht im Besitz der geschuldeten Sache). Ist aber nach ihrem Verlust die Aussicht der Wiedererlangung so gering, daß sie vom Leben nicht mehr beachtet wird, so erscheint das Unvermögen dabei als dauerndes, s. Fischer aaO. S. 19. Erfolgt wegen des Unvermögens die Leistung nicht rechtzeitig, so ist nunmehr eine Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit eingetreten, s. v. Mayr, Gutachten zum 27. Juristentag S. 194–5. Anders Kuhlenbeck-Staudinger zu § 275 Nr. 5.

b) Die an sich mögliche Leistung geschieht nur nicht rechtzeitig, besonders infolge Verzuges. Das ruft ohne weiteres eine teilweise Unmöglichkeit hervor, da die Leistung jetzt eben nicht mehr in der vorgeschriebenen Zeit geschehen kann, die einmal entschwundene Zeitspanne nicht nachholbar ist. Aber nur eine Unmöglichkeit für die Vergangenheit, nicht für die Zukunft.

Vom Falle a) ist der Fall b) wesentlich verschieden, sowohl in den Voraussetzungen wie in den Wirkungen. Die zeitweilige Unmöglichkeit hindert, wenn unvertretbar, den Eintritt des Verzuges. Umgekehrt der Verzug — richtiger das Unterbleiben der Leistung — bewirkt zwar eine Unmöglichkeit, aber keine zeitweilige Unmöglichkeit, sondern eine davon ganz verschiedene teilweise, aber dauernde, Unmöglichkeit: nämlich eine solche nur in Ansehung der Zeit, die Verkehr und Gesetz nicht als wahre Unmöglichkeit werten (Lehmann aaO. S. 71), möglicherweise freilich eine totale Unmöglichkeit (s. oben Nr. 4). Daher steht selbstverständlich auch einer Klage gegen den Verzugsschuldner nichts im Wege. Es ist daher verfehlt, wenn Titze aaO. S. 41, Besprechung S. 351 den ganzen Begriff der zeitweiligen Unmöglichkeit als selbständigen verwirft und mit dem Verzuge zusammenbringt.

c) Wie der Leistungs-, ist auch der Annahmeverzug von der Unmöglichkeit streng zu scheiden (übereinstimmend hier Titze, Bespr. S. 346). Er setzt eine an sich mögliche Leistung voraus, bewirkt freilich wieder seinerseits ihre mindestens teilweise (in Ansehung der Zeit!), unter Umständen nach dem Vertretungszweck als totale zu betrachtende Unmöglichkeit, z. B. der Besucher erscheint nicht rechtzeitig im Theater, der Reisende nicht am Zuge oder Schiffe.

6. Endlich gibt es auch eine **fingierte Unmöglichkeit** der Leistung, s. besonders § 283: Nach Ablauf der dort behandelten Frist ist der Anspruch auf Leistung für beide Teile ausgeschlossen, d. h. das Recht behandelt die Leistung als nunmehr unausführbar, obwohl sie vielleicht an sich noch sehr wohl möglich wäre, wie auch in dem obigen Fall des § 250 (s. Bem. dazu), ferner in §§ 326 Abs. 1 und 634.

§ 275.

Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.

Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich.

E. I 237, E. II 232, 235, RV. 269. — Mot. S. 44—6, Prot. S. 314—6.

1. **Wirkung der Unmöglichkeit**: Die Unmöglichkeit und das insoweit gleichgestellte Unvermögen bewirken beide im allgemeinen eine Befreiung des Schuldners. Damit bekennt sich das BGB. zu dem Satze des Gemeinen und Landrechts (I, 5, § 361), daß der Gläubiger die Gefahr trägt: d. h. er bekommt keinen Ersatz für die unmögliche Leistung. Dafür wird er freilich, und zwar dies im teilweisen Gegensatz zum GR., im gegenseitigen Vertrage von seiner Verpflichtung zur Gegenleistung frei, § 323ff.

Der Rechtsgrund für diese Befreiung liegt (s. Fischer aaO. S. 5) zwar nicht darin, daß der Schuldner nur für Anstrengungen zum Erfolge einzustehen hätte, wohl aber darin, daß es unangemessen erscheint, ihn für ein unverschuldetes Scheitern des versprochenen Erfolges haften zu machen.

Natürlich wirkt die Unmöglichkeit befreiend nur soweit sie reicht. Also muß der Schuldner bei teilweiser Unmöglichkeit (s. Vorbem. Nr. 4) noch den Rest herausgeben; bei vorübergehender entfällt seine Haftung nur während der Dauer des Hindernisses. Und überhaupt erstreckt sich die Aufhebung nur auf die unmöglich gewordene einzelne Verbindlichkeit, nicht auf das gesamte diese erzeugende Schuldverhältnis. Aus ihm können noch immerhin neue Ansprüche entspringen, insbesondere auf Schadensersatz an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung, sowie auf Herausgabe des Surrogats nach § 281, s. Titze S. 101, sowie unten Nr. 2.

2. Ausnahmsweise wirkt **nicht befreiend** die Unmöglichkeit, die auf einem, nach der Terminologie des BGB. vom Schuldner zu **vertretenden** Umstande beruht. Wann ein solcher vorliegt, darüber bestimmen die folgenden §§; über die Beweislast insbesondere § 282. Allerdings wird dadurch an Stelle des alten (Leistungs-) ein neuer (Ersatz-) Anspruch gestellt, aber auch dieser beruht auf dem alten Schuldverhältnis, keineswegs auf unerlaubter Handlung.

Auch für eine nach dem Gesetz nicht zu vertretende Unmöglichkeit kann der Schuldner die Verantwortlichkeit besonders übernehmen durch einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Garantievertrag, s. Fischer S. 5. Dieser kann wieder mehr oder

minder weitgehend sein: entweder nimmt der Schuldner nur die Folgen der relativen (s. Vorbem. Nr. 1), oder auch sogar der absoluten, logischen Unmöglichkeit auf sich.

Daß im übrigen nur ein nach §§ 276ff. vertretbarer Umstand die befreiende Wirkung der Unmöglichkeit verhindere, bezweifelt Rehbein S. 102. Er läßt sie überall da ausgeschlossen sein, wo die Leistung durch eine freie Handlung des Schuldners, z. B. eine in entschuldbarem Irrtum vollzogene Veräußerung, Vernichtung, Verzehrung des Schuldobjekts, unmöglich geworden ist. Das wird weder durch den Wortlaut des Gesetzes (§§ 275, 280), noch durch innere Gründe gerechtfertigt. Diese führen nur zu einer Bereicherungshaftung auf Grund der in solchen Handlungen etwa liegenden Ausgabenersparnis.

Außerdem muß der nach § 275 befreite Schuldner dem Gläubiger nach § 281 das erlangte Surrogat herausgeben.

3. Gehört zu dem befreienden Unvermögen des Schuldners auch die **Zahlungsunfähigkeit** (s. über den Begriff Ehrenzweig, Die Zahlungsunfähigkeit, Vortrag, Wien 1902)? Im allgemeinen wohl deshalb nicht, weil sie meist nur bei Gattungsschulden vorkommen wird, § 279. Aber darüber hinaus soll nach Goldmann-Lilienthal S. 335 im Leistungsversprechen die Übernahme der Garantie liegen für die Fähigkeit, zahlen zu können, selbst wenn infolge Zahlungsunfähigkeit die versprochene Spezies nicht beschafft werden kann. Ähnlich Planck Nr. 3 Abs. 2, Titze S. 92 (s. auch Bem. zu § 279), jetzt auch Cosack § 101, III, 1 (anders die früheren Aufl.), Enneccerus S. 468 Anm. 1. Auch ich bin gegenüber Aufl. 1 jetzt gleichfalls geneigt, dem zuzustimmen, aber nur im Sinne einer im Zweifel zutreffenden Vertragsauslegung: verspricht man, jemandem einen Gegenstand zu verschaffen, so heißt das, gemäß § 157 beurteilt, in der Regel: seine Mittel zu dessen Verschaffung anzuwenden. Das steht dann einer Gattungsschuld materiell nahe genug, um die entsprechende Anwendung des § 279 zu rechtfertigen. Ein allgemeiner Rechtssatz dagegen, wonach man für Zahlungsfähigkeit immer aufkommen müsse, ist nicht nachweisbar.

4. **Anspruch auf Leistung trotz Unmöglichkeit der Erfüllung?**

a) Daß er nach Eintritt einer objektiven Unmöglichkeit nicht mehr zu gestatten sei, wird fast allgemein zugegeben (s. statt aller Windscheid § 264 Anm. 7 und, sehr entschieden, RG. ZS. I, 10. V. 1899 bei Seuffert 54 Nr. 216 S. 397, bes. 398 a. E.), da das alte Schuldverhältnis entweder überhaupt nicht, oder doch nur mit verändertem Inhalt noch fortbestehe. Anders wohl nur Cosack § 99, II, 1a. Natürlich muß der Schuldner den Eintritt der Unmöglichkeit als rechtsvernichtenden oder -ändernden Umstand behaupten und beweisen; gelingt ihm das nicht, so kann tatsächlich noch immer auf die unmögliche Leistung verurteilt werden, und es kommt alsdann § 283 zur Anwendung.

b) Dagegen soll das bloß subjektive Unvermögen nach der für das alte wie neue Recht vorherrschenden Lehre den Erfüllungsanspruch auch grundsätzlich nicht ausschließen. So bisher besonders Mommsen, Unmöglichkeit S. 294, Windscheid aaO. und die gemeinrechtliche Praxis des RG., s. ZS. III vom 7. VII. 1893 bei Seuffert Bd. 49 Nr. 86 S. 160 und vom 3. X. 1893 das. Nr. 87 S. 161 (= Entsch. des RG. Bd. 32 Nr. 33), ZS. VI vom 30. XII. 1896 bei Seuffert Bd. 52 Nr. 150 S. 276.

Für das neue Recht sind vier Ansichten zu scheiden:

α) Nach der ersten besteht der alte Leistungsanspruch noch als solcher fort.

β) Nach der zweiten (so besonders Planck zu § 280 Nr. 3, Kleineidam S. 110, 126; meine Aufl. 1 zu § 280 Anm. 4) muß der Gläubiger gleichfalls zunächst noch auf Erfüllung klagen, aber nicht im Sinne eines eigentlichen Leistungs-, sondern eines Naturalherstellungsanspruches nach § 249.

γ) Im anscheinend strikten Gegensatz dazu gewähren andere ausschließend einen Ersatzanspruch auf das Geldinteresse. So Dernburg II §§ 60 II, 61 II, auch Stein, Voraussetzungen des Rechtsschutzes S. 108ff., Schöller, Gruchots B. 45 585, anscheinend auch Titze S. 113.

δ) Andere, besonders Kisch S. 122ff., gestatten dem Gläubiger, noch den Leistungsanspruch zu erheben, gewähren ihm aber nach Wahl daneben auch den Schadensersatzanspruch. So auch Biermann aaO. S. 92ff., und wohl Cosack (§ 101, II in Verb. mit § 99 II 1a), sowie Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 2a. Dafür auch die Erkenntnisse der OLG. Dresden vom 26. II. 04 (Rspr. VIII S. 434) und Colmar vom 15. VI. 1904 (Rspr. IX S. 282), während die Erkenntnisse des OLG. Hamburg vom 18. V. 1901 (Rspr. III S. 8) und 26. II. 1904 (Rspr. VIII S. 433) nur im Gegensatze zu Planck die Notwendigkeit, nicht aber die Statthaftigkeit der Erfüllungsklage ablehnen.

M. E. ist der Ansicht zu γ) der Vorzug zu geben. Wird freilich vom Beklagten das eingetretene Unvermögen nicht vorgebracht oder nicht bewiesen, so erfolgt natürlich seine Verurteilung auf die Leistung und es kommt event. zur Fristsetzung nach § 283. Von einer Nichtigkeit des auf die unmögliche Leistung gehenden Urteils ist keine Rede, zumal es nach § 283 nichts weniger als praktisch wertlos ist (so auch Stein S. 109 Anm. 2, Titze S. 30—1, 113). Aber daraus darf nicht mit Kisch aaO. auf die grundsätzliche Zulassung des Leistungsanspruches geschlossen werden. Beweist der Schuldner das eingetretene (vertretbare) Unvermögen und bleibt der Kläger demungeachtet beim ursprünglichen Antrage, statt ihn nach ZPO. § 268 Nr. 3 zulässiger Weise (s. Kisch S. 127) zu ändern, so muß er m. E. abgewiesen werden. Denn auch das Unvermögen hat wie die Unmöglichkeit nach dem beides insoweit gleichstellenden § 280 den Leistungs- in den Ersatzanspruch umgewandelt, und das Argument, mit dem die herrschende Meinung oben zu α) operierte, trifft auch in unserem Falle zu. Natürlich hat der Ersatzanspruch hier den allgemeinen Inhalt nach §§ 249ff., geht also möglicherweise auf Naturalherstellung. Aber dies keineswegs immer, ja in Fällen der hier zu beurteilenden Art wohl nur ausnahmsweise, und auch wo dem so ist, zeigen sich zwischen dem Ersatz- und dem Erfüllungsanspruch Unterschiede, welche von der gegnerischen Lehre nicht immer genügend beachtet werden.

Nur das ist freilich zu beachten, daß das Unvermögen, um so zu wirken, ein endgültiges sein muß; ein bloß zeitweiliges verwandelt den Erfüllungsanspruch überhaupt nicht in einen Ersatzanspruch, schließt auch wohl seine Geltendmachung in der Zwischenzeit wenigstens insoweit nicht aus, als auf gegenwärtige, oder, wo der Schuldner das Unvermögen nicht zu vertreten hat, wenigstens künftige Leistung — nach Wegfall des Hinderungsgrundes —, geklagt werden kann (ZPO § 259). Und ein Unvermögen wird wohl in der entschiedenen Mehrzahl der Fälle als ein bloß zeitweiliges aufgefaßt werden können. So da, wo jemand an der zu liefernden Sache nicht das Eigentum oder nicht das versprochene Recht besitzt, wo er sie in einer die Wiedererlangung nicht von vornherein ausschließenden Weise verloren hat. Daß das BGB. in solchen Fällen den Leistungsanspruch gewährt, ergibt sich für den Kauf deutlich aus § 439 Abs. 2, wonach der Verkäufer fremde Hypotheken zu beseitigen hat. Nichts deutet darauf hin, daß damit ein Ausnahmesatz aufgestellt werden sollte (s. Schöller bei Gruchot 46 6); wir werden vielmehr in allen Fällen, wo der Schulderfüllung das Recht eines Dritten entgegensteht, dem Schuldner grundsätzlich eine Beseitigungspflicht auferlegen dürfen, die nicht zur Ersatz-, sondern zur Erfüllungspflicht gehört (Schöller bei Gruchot 45 534). Ein Unvermögen solange, als es nicht gehoben ist, immer da inzwischen als endgültiges zu behandeln, wo die Hebung nicht ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt (so Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 5), erscheint weder notwendig noch rätlich; man würde besonders in der hier behandelten Frage damit zu wenig angemessenen Ergebnissen gelangen. Vermittelnd Planck zu § 280 Nr. 2.

Schaltet man diese Fälle aus, so dürften, soweit ich sehe, keine weiteren übrig bleiben, wo eine „Naturalherstellung" der einmal unmöglich gewordenen Erfüllung noch tunlich ist.

Eine nach dem normalen Lauf der Dinge unwahrscheinliche Wiedergewinnung des Leistungsvermögens kann doch sinngemäß nicht den Fall einer nach §§ 249, 251 „möglichen Herstellung" des herzustellenden Zustandes, d. h. der Erfüllung bilden. Keinenfalls ist der Gläubiger genötigt, noch auf diese zu klagen, und ob er noch so klagen dürfe, ist eine wohl nur akademische Frage.

Indem somit für alle derartigen Fälle auch die herrschende Lehre zu β) natürlich zur Gelderstattung greifen muß, ist ihr Unterschied von der zu γ) weder grundsätzlich noch praktisch so bedeutsam, wie meist angenommen wird.

§ 276.

Der Schuldner hat, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt. Die Vorschriften der §§ 827, 828 finden Anwendung.

Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden.

E. I 144, 224—5, E. II 233, RV. 270. — Mot. I S. 279—81, II S. 27—31, Prot. S. 187, 303—4.

Literatur: a) gemeinrechtliche: Hasse, Die Culpa, Aufl. 2, 1838; Pernice, Labeo Bd. II, 1878, Aufl. 2, 1895. b) zum neuen Recht: Endemann S. 636ff.; Wendt ArchZivPrax. **87** 423ff.; Weyl im ArchBürgR. **14** 79ff.; derselbe, System der Verschuldensbegriffe, 1905; v. Hippel, Die Vorstellungstheorie, in der Göttinger Festgabe für Regelsberger 353ff.; derselbe, Die Grenzen zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1903.

1. **Arten des vertretbaren Verhaltens:** Ein vertretbares Verhalten liegt im allgemeinen nur vor bei subjektivem Verschulden des Schuldners oder eines dritten. Von solchem **Verschulden** im weiteren Sinne (s. Weyl S. 294, 325/6) kennt das BGB. entsprechend dem bisherigen Privat- und Strafrecht zwei Hauptarten:

a) **Vorsatz,** dem römisch-gemeinrechtlichen Begriff des dolus verwandt, aber nicht damit identisch (Weyl S. 411). S. darüber ausführlich Weyl S. 388ff. mit zahlreichen Literaturangaben, sowie v. Hippel aaO. Der Begriff des Vorsatzes wird im Gesetz im Gegensatz zu der Fahrlässigkeit nicht näher bestimmt; da er aber aus dem Strafrecht in das geltende bürgerliche Recht übernommen ist, wird man mit dem Mot. S. 280 annehmen müssen, daß mit dem Ausdrucke in beiden Rechtsgebieten derselbe technische Sinn hat verbunden werden sollen. Die Ergebnisse der strafrechtlichen Lehre und Rechtsprechung sind daher auch für die Feststellung des privatrechtlichen Vorsatzes zu beachten.

Aber gerade darum ist die bekannte strafrechtliche Kontroverse über den Vorsatz auch sofort zu einer solchen des bürgerlichen Rechts geworden. Es stehen sich gegenüber:

α) **Die Vorstellungstheorie,** vertreten unter den Kriminalisten besonders durch v. Liszt (Lehrbuch § 39, Gutachten für den 24. Deutschen Juristentag I S. 107ff.), Frank, ZStW. **10** 217ff., Kohler, Studien aus dem Strafrecht I, S. 68ff., Lucas, Subjektive Verschuldung, 1883, S. 16ff. Für das bürgerliche Recht huldigen ihr Crome I § 109 Nr. 3a, Endemann § 112 Anm. 5, Kipp zu Windscheid I, S. 452, v. Liszt, Deliktsobligationen, S. 54/5, Weyl S. 395ff., Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 150ff., Grundriß S. 156, auch meine Aufl. 1.

Vorsätzliches Handeln ist demnach Handeln unter der Vorstellung der notwendigen oder doch möglichen Kausalität des Tuns, wobei die Frage zunächst offen bleibt, ob und welchen besonderen Wahrscheinlichkeitsgrad diese vorgestellte Möglichkeit besitzen müsse.

β) **Die Willenstheorie,** für die unter den Kriminalisten neuestens Finger, Lehrbuch, S. 258ff. (soweit nicht der Täter sich den Erfolg als sicher eintretend vorgestellt hatte) und besonders v. Hippel in den genannten Schriften bedeutsam eingetreten sind. Auch Liepmann, Einleitung in das Strafrecht S. 132ff., 139, steht ihr mit seinem vermittelnden Standpunkt am nächsten. Unter den Zivilisten gehören ihr u. a. Cosack § 71, II, 1a (wie Finger), Kuhlenbeck-Staudinger, Vorbem. vor § 275, II, 1, Planck I, S. 41 (allerdings mehr vermittelnd), Rehbein S. 100, Schollmeyer zu § 277 Nr. 1a und Titze S. 76 an. Der Erfolg muß nach ihr nicht nur vorgestellt, sondern auch gewollt sein.

γ) In Wahrheit ist, wie neuestens mehrfach bemerkt wurde, die Grenze zwischen beiden Lehren praktisch nicht sonderlich bedeutend, und es erscheint im ganzen nicht schwer, sich für die einzelnen Fälle zu verständigen:

αα) Keinenfalls ist eine auf den Erfolg gerichtete Absicht zum Vorsatz erforderlich. Jene ist ein anderer Begriff als dieser (s. dazu Weyl S. 417, dessen Formulierung allerdings kaum befriedigt). An sich etwas Farbloses, wird die Absicht im Sinne des Verschuldens nur als die auf den verbotenen, rechtlich unerwünschten Erfolg gerichtete Absicht bedeutsam (böse oder qualifizierte Absicht, Weyl S. 422): sie ist insofern ein

besonderer Fall des Vorsatzes und bildet ihm gegenüber einen lediglich engeren Begriff. Verlangt das Gesetz zum Eintritt der Rechtsfolge geradezu eine auf den Erfolg gerichtete Absicht, so gebraucht es dafür statt des Ausdrucks „Vorsatz" einen andern, z. B. „Arglist" oder Böswilligkeit", so mit Recht RG. ZS. V vom 9. IV. 1904 Bd. 57 Nr. 56 S. 241, s. auch ZS. VI. vom 6. X. 1902 bei Gruchot 47 107. Vorsätzlich handelt auch, wer sein Handeln zu einem anderen, vielleicht ganz heterogenen Zweck einrichtete und den vorgestellten Erfolg als eine möglicherweise wenig erwünschte Nebenwirkung mit in den Kauf genommen hatte, sog. dolus eventualis.

Andererseits: wer sogar die Absicht hatte, den Erfolg herzustellen, ist immer in Vorsatz, mag er sich dessen Eintritt als „leider" noch so unwahrscheinlich vorgestellt haben. So auch v. Hippel, Grenzen, S. 76. In der Absicht ist der Vorsatz immer enthalten; das zu leugnen wäre praktisch unerträglich und wird auch theoretisch nicht erfordert.

ββ) Auch darüber herrscht im ganzen Einverständnis (dafür von den Anhängern der Willenstheorie u. a. Cosack, Finger, v. Hippel S. 418, Schollmeyer), daß die Vorstellung einer notwendigen Kausalität des Tuns ohne weiteres Vorsatz begründet: wer in solchem Fall handelt, der hat mit Notwendigkeit den Erfolg mindestens im Sinne einer Nebenwirkung gebilligt und somit gewollt.

γγ) Andrerseits genügt nicht jede Vorstellung von einer ganz entfernten Möglichkeit der Kausalität des Tuns. Die gegenteilige Annahme enthält eine unglaubliche Benachteiligung der Vorsorglichkeit und Intelligenz und eine Prämie für den, der die Folgen seines Tuns möglichst wenig überlegt — er stände besser als ein anderer, der sie mit vielleicht übergroßer Vorsicht ins Auge gefaßt und dagegen, wennschon erfolglos, alle möglichen Abwehrmaßregeln verwendet hat!

δδ) Es muß also zu der bloßen Vorstellung noch ein anderes Moment hinzukommen. Nur in dessen näherer Bestimmung gehen die beiden Theorien im Grunde auseinander.

Die Vorstellungstheorie muß dabei, um sich nicht selbst untreu zu werden, auf den Wahrscheinlichkeitsgrad abstellen, die Willenstheorie hauptsächlich darauf, ob der vorgestellte Erfolg erhofft oder doch gebilligt wurde. Der Gegensatz zeigt sich praktisch besonders in den Fällen, wo der Täter den mit einem hohen Wahrscheinlichkeitsgrade vorgestellten, aber unerwünschten Erfolg durch Abwehrmaßregeln ernsthaft, aber erfolglos hintanzuhalten versuchte. Hier Vorsatz anzunehmen, widerspricht aller ethischen Würdigung und unbefangenen Auffassung; sonst müßten Johanna Sebus und Bürgers „Braver Mann" des vollendeten bezw. versuchten Selbstmordes bezichtigt werden (s. auch v. Hippel S. 411). Oder der Herr eines als bissig erkannten Hundes der vorsätzlichen Körperverletzung, wenn das Tier trotz der gerade deswegen unternommenen Dressur oder strengen Zucht jemanden gebissen hat. Die Motivationspolitik ferner fordert gerade im Interesse kräftiger Abwehrmaßnahmen eine Begünstigung, keine Benachteiligung der auf die Folgen des Tuns zu richtenden Erwägungen.

Somit wird man nicht auf die Vorstellung als solche, sondern auf die Billigung des vorgestellten Erfolges entscheidendes Gewicht legen. Vorsätzlich handelt danach auch derjenige, der den Erfolg als wenig wahrscheinlich ansah, wenn er ihn, auch ohne direkte Absicht, als erwünscht oder doch nicht unerwünscht betrachtete und behandelte; nicht vorsätzlich, wer bei einem vielleicht größeren Wahrscheinlichkeitsgrade der Vorstellung seinen Eintritt ernsthaft mißbilligte, und dieser Mißbilligung soweit möglich auch durch Abwehrmaßregeln Ausdruck verlieh. So handelt z. B. der Radler an sich nicht vorsätzlich, der ein auf der Straße spielendes und sein Klingeln nicht beachtendes Kind überfährt, auch wenn er mit der Möglichkeit dieser Nichtbeachtung als einer sehr naheliegenden gerechnet hatte.

Damit aber ist die Frage im Sinne der Willenstheorie entschieden. Mit Recht behauptet v. Hippel S. 421, daß die auf die Billigung des Erfolges abstellenden angeblichen Vertreter der Vorstellungstheorie ihr im Grunde untreu geworden seien. Denn die Billigung ist kein intellektuelles, sondern ein abwertendes, ein Willensmoment.

Vorsatz ist also das Handeln unter Vorstellung und Billigung („billigende Vorstellung" des Erfolges).

d) Einzelfragen sind noch folgende:

αα) Worauf muß sich der Vorsatz beziehen? Wie allgemein anerkannt wird, nur auf die unmittelbaren Folgen des Tuns, den Erfolg in diesem Sinne, nicht auf die Weiterwirkungen, insbesondere nicht auf Entstehung oder gar ziffermäßige

Höhe eines daraus entstehenden Schadens (s. Weyl S. 395, 400). Doch gibt es Ausnahmen, wo gerade die Schädigung selbst Bestandteil der Vorstellung sein muß, so im Fall des § 826.

ββ) Schließt Rechtsirrtum den Vorsatz bei einem objektiv rechtswidrigen Tun (bei einem anderen, z. B. in den Fällen der §§ 254 und 826, kann die Frage natürlich nicht auftauchen) aus? Die im Strafrecht vorherrschende Lehre verneint die Frage, insofern es wenigstens nicht auf Kenntnis der Strafbarkeit des Tuns ankommen soll. Aber sicherlich müssen Bestandteile der Vorstellung die Tatbestandsmomente sein, aus denen sich die Rechtswidrigkeit des Tuns ergibt, z. B. die Fremdheit der beschädigten Sache, das Geschuldetsein der unmöglich gemachten Leistung. Kannte man jene nicht, so wird der Vorsatz selbst dann ausgeschlossen, wenn das Nichtkennen auf Unkenntnis oder falscher Beurteilung von Rechtssätzen beruhte; denn ein als solches nicht erkanntes Recht kann niemand vorsätzlich verletzen. Zweifelhaft sind nur die Fälle, wo man zu dem Eingriff in die als solche erkannte Rechtssphäre aus sonstigen Gründen (z. B. wegen Notwehr, Notstand, Einwilligung des Verletzten) sich rechtsirrtümlich berechtigt wähnte. Daß auch hier der Vorsatz ausgeschlossen sei, ist im Sinne des BGB. mindestens wahrscheinlich, s. Oertmann SeuffBl. 67 246 (arg. a contrario aus § 231!). So auch Zitelmann, Grundriß S. 157, s. ferner Liepmann Einleitung in das StR. S. 137 ff. Vermittelnd Kipp zu Windscheid I S. 452.

Übrigens ist die Kontroverse für das Bürgerliche Recht minder wichtig, weil im Rechtsirrtum in aller Regel eine dem Vorsatz meist gleichwirkende Fahrlässigkeit stecken wird.

γγ Gibt es Fälle, wo das Tun im Rechtssinn vorwurfsfrei ist, obwohl es eine vorsätzliche Rechtsverletzung enthält? Daß auch außerhalb des eigentlichen Notstandes solche anzuerkennen seien, hat Titze S. 77 mit guten Beispielen bewiesen. Man wird es dann unter Umständen gestatten, wenn es nötig ist, um höherwertige Interessen auf Kosten minderwertiger zu retten. Allerdings bedarf die ganze Frage noch weiterer Prüfung.

δδ) Ein engerer Begriff gegenüber dem Vorsatz ist die Arglist und die damit allem Anschein nach identische Böswilligkeit (Böslichkeit). S. dazu Weyl S. 434, RG. 57, 241. Man wird darunter mit dem Reichsgericht die beabsichtigte Herbeiführung eines rechtlich gemißbilligten Erfolges zu verstehen haben.

b) **Fahrlässigkeit** (auch wohl Verschulden im engeren Sinne), ist die Außerachtlassung der für Verhältnisse gerade dieser Art erforderten Sorgfalt. Man hat den schädigenden Erfolg des Tuns zwar nicht, wie beim Vorsatz, vorausgesehen oder doch nicht gebilligt, man hätte ihn aber voraussehen und deshalb das Tun unterlassen oder entsprechend anders einrichten müssen. Die rechtliche Bedeutung der Fahrlässigkeit beruht darauf, daß jeder sein Verhalten im Verkehr so einrichten muß, daß es unter tunlichst geringer Benachteiligung fremder Interessen geschieht. Darum wird sie nicht nur innerhalb bestehender Verbindlichkeiten, an die freilich § 276 zunächst allein denkt, gewertet (s. unten Nr. 5). Das RR. hatte bekanntlich zwei Arten, culpa lata und culpa levis, die es nach einem abstrakten Maßstab unterschied: erstere ist die Außerachtlassung der Sorgfalt eines gewöhnlichen Menschen, letztere diejenige der Sorgfalt eines diligens patris familias. Dagegen enthält das Landrecht eine Dreiteilung in grobes, mäßiges und geringes Verschulden.

Das BGB. folgt im wesentlichen dem Römischen Systeme; es scheidet:

α) **Fahrlässigkeit schlechthin** (s. dazu Weyl S. 100 ff. mit reichen Belegen), entsprechend dem bisherigen leichten Verschulden. E. I verwies zu seiner Bestimmung geradezu wieder auf die Sorgfalt des ordentlichen Hausvaters, was aber von der Kritik fast allgemein getadelt (s. bei Angaben bei Endemann § 113 Anm. 2) und dementsprechend in die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt" verbessert wurde.

Damit ist der Begriff aber keineswegs genügend klargestellt:

αα) Zunächst fragt sich, wer das inhaltliche Maß derartiger Sorgfalt aufstelle? Jedenfalls nicht der Verkehr selbst, denn nicht die vom, sondern die im Verkehr erforderliche Sorgfalt soll beobachtet werden. Weyl S. 104 verweist auf die Rechtsordnung. Nun ist gewiß zuzugeben, daß vielfach durch Polizeiverordnungen und ähnliche Rechtsregeln der Verkehr geregelt wird. Aber einmal ist diese Regelung nichts weniger als vollständig, zum Andern können diese möglicherweise veralteten, unvollständigen, obsoleten Anordnungen für die zivilrechtliche Betrachtungsweise nicht

unbedingt als bindend erachtet werden; sie lassen in der Regel die für den Verkehr einfach unerläßliche Elastizität vermissen. S. dazu die interessante Entsch. des RG. ZS. VI vom 23. IV. 94 bei Gruchot 38 942 (Rudorff I S. 290).

Entscheidend ist vielmehr die Sitte oder Übung. Nicht in dem Sinn, daß nur die im Leben tatsächlich geübte Sorgfalt zu beobachten wäre, sondern ein solches Maß von Sorgfalt, wie es die Sitte zu beobachten vorschreibt, wenn sie es auch keineswegs in jedem Einzelfall tatsächlich befolgt. Denn wie die Anforderungen des Rechts, sind auch die der Sitte oder Übung von dem im Einzelfall Geübten oftmals verschieden. So auch Cosack § 71, I 2[b], sowie RG. ZS. I vom 5. V. 03, DJZ. 03 345: es komme an auf das, was kraft längerer Übung von den Beteiligten tatsächlich gehandhabt und erwartet werde.

ββ) Noch zweifelhafter ist die Frage, ob ein individueller oder ein abstrakter Maßstab zur Beurteilung der Sorgfaltsbewahrung anzulegen sei? Nach diesem liegt Fahrlässigkeit schon vor, wenn objektiv nicht die von der Verkehrssitte für das vorliegende Verhältnis erforderte Sorgfalt angewendet ist, nach jenem ist außerdem dazu noch nötig, daß der Handelnde seinerseits verstanden und erfaßt hat, was der Verkehr von ihm zur Verhütung des Schadens verlange.

Den individuellen Beurteilungsstandpunkt, der im Strafrecht fast allgemein angewendet wird, vertreten auch für das BGB. besonders v. Liszt, Deliktsobligationen S. 55, Litten, Haftung des Tierhalters S. 69, Zitelmann, Grundriß S. 158, im Grunde auch Cosack I § 71, Nr. I 2[b]α. Den abstrakten dagegen legt die herrschende Lehre zu Grunde, besonders Dernburg § 63, II, 2[c], Endemann § 113 Anm. 8, Isay, Geschäftsführung S. 111, Kaufmann, Kommentar S. 98, Liepmann, Einleitung in das Strafrecht S. 142, 147, Linkelmann, Schadensersatzpflicht S. 37, Rabel, Haftpflicht des Arztes, S. 81 ff., Träger, Kausalbegriff S. 195, im wesentlichen auch Wendt aaO. S. 441, Weyl S. 111, 116, 117, sowie Crome I § 109 Nr. 3, Schollmeyer zu § 276 Nr. 1 b, die zwar von der „Berücksichtigung individueller Momente" sprechen, darunter aber, wie ihre Beispiele deutlich zeigen, nicht die besondere Eigenart der konkreten Einzelpersönlichkeit, sondern nur die typische Eigenart der besonderen Personenklasse, der jene angehört, verstehen (so auch Liepmann S. 147—8). Einen wirklich vermittelnden Standpunkt nimmt nur Titze ein, Unmöglichkeit S. 79, 81, indem er für die Geschäfte des „privaten Verkehrs" den individuellen, sonst den abstrakten Maßstab verficht, s. dagegen Kisch, Bespr. S. 518, Planck Nr. 2. Aus der Praxis hat das RG. ZS. VI am 11. V. 04, Gruchots B. 48 784 ff., bes. 788 die herrschende Lehre in der Wendtschen gemäßigten Ausprägung angenommen.

Die herrschende Lehre ist grundsätzlich als richtig anzuerkennen. Sie entspricht nicht nur dem bedeutsamen Vorbild des Römischen Rechts, das die imperitia zur culpa rechnete, s. ll. 7 § 2, 8 § 1 D. 9, 2, Wendt S. 426, sondern auch dem sozialen Interesse, das den Einzelnen unmöglich die Folgen seiner anomalen Torheit auf Andere abwälzen lassen kann. Ferner der Praktikabilität des Rechts, das sich auf die Abwälzung der rein individuellen Verhältnisse nur schwer einrichten wird. Dafür spricht ferner, daß BGB. §§ 827/8 nur bei der Haftung der Minderjährigen und Taubstummen im Sinne einer offenbaren Ausnahme einen individualisierenden Beurteilungsmaßstab vorschreibt, der doch nach der gegnerischen Lehre ohnedies selbstverständlich wäre. Auch der Wortlaut des § 276 läßt sich dafür anführen: denn die Verkehrssitte stuft ihre Anforderungen zwar nach der typischen Eigenart der Verhältnisse und Personenklassen ab, aber nicht nach der vielfach für die Außenwelt unerkennbaren besonderen Eigenart der Einzelnen.

Daraus ergibt sich aber auch eine Einschränkung der herrschenden Lehre in der Richtung, wie sie von einem großen Teil ihrer Vertreter (s. oben) bereits von jeher vollzogen wurde; der Inhalt und das Maß der zu beobachtenden Sorgfalt stufen sich ab zwar nicht nach den individuellen, aber nach den typischen Verhältnissen der Beteiligten, nicht minder nach der objektiven Eigenart des Einzelfalles. Insbesondere wird von der Verkehrssitte die Bildung, soziale Stellung, der Wirkungskreis des Handelnden gewertet, sie und zahlreiche andere Momente bewirken eine Einreihung in diese oder jene verkehrsmäßige Gruppe oder Klasse, nach deren Eigenart die Verkehrssitte ihre Anforderungen in der feinsten Weise abstuft (man denke an die Unterscheidung von Gasthöfen ersten, zweiten, dritten Ranges; an den Gegensatz des Dorfschneiders, des städtischen Schneiders und des „Bekleidungskünstlers" der Großstadt). Das erkennt das geltende Recht z. B. dadurch deutlich an, daß es im Handelsrecht

(§ 347) insbesondere den Schuldner für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns aufkommen läßt. Als solche typischen, gruppenbildenden Unterscheidungsmerkmale beachtet der Verkehr vielfach, wennschon nicht immer, auch Alter, Geschlecht, Gesundheit; die gegenteilige Annahme Weyls, der darin nur unbeachtbare individuelle Momente sieht, wird der Anschauung des Lebens nicht gerecht. Verlangt nicht die Verkehrssitte mehr vom Damenschneider als von der Schneiderin; vom erwachsenen Kellner mehr als vom „Piccolo"?

Nicht minder wertet die Verkehrssitte auch die objektive Bedeutsamkeit der Sachlage, die Wichtigkeit der von dem Verhalten beeinflußten Rechtsgüter; wer z. B. eine wertvolle Urkunde, einen kostbaren Schmuck zu verwahren, zu versenden hat, muß ungleich mehr Vorsichtsmaßregeln darauf verwenden, als wenn es sich um einen wertlosen Ladenhüter, einen gewöhnlichen Brief handelt.

Richtig ist in gewissem Sinne, daß die herrschende Lehre die „subjektive Beziehung des Täters zur Tat" auslöscht (Litten), daß sie in der Fahrlässigkeit mehr einen Erkenntnis- als einen, nur individuell zu beurteilenden, Willensfehler sieht (so auch Weyl S. 134), aber das sind keine entscheidenden Einwände. Die individualisierende Betrachtungsweise muß vielmehr gerade im Schadensersatzrecht hinter einer mehr sozialen zurückstehen.

ff) Sorgfalt und Voraussehbarkeit. Die oft gehörte Behauptung, daß die Voraussehbarkeit des Erfolges das Wesen der Fahrlässigkeit ausmache, ist jedenfalls nach dem BGB. ungenau. Sie ist richtig freilich in dem Sinne, daß ein nicht voraussehbarer Erfolg dem Handelnden nicht als Fahrlässigkeit angerechnet werden könne: dies einfach darum, weil die Verkehrssitte eine Rücksichtnahme auf die nicht voraussehbaren Folgen des Tuns unmöglich heischen kann. Aber unrichtig in dem entgegengesetzten Sinne: Der als möglich voraussehbare Erfolg ist keineswegs immer fahrlässig herbeigeführt. Wer, vielleicht gerade infolge überdurchschnittlicher Intelligenz und Voraussicht, die Eventualität gewisser ungünstiger Folgen des Tuns ins Auge faßte, hat sie um deswillen nicht notwendig fahrlässig verursacht. Es kommt darauf an, ob die Verkehrssitte von ihm wegen solcher voraussehbarer Eventualitäten ein Nichttun oder Anderstun oder wenigstens die Anwendung gewisser Abwehrmaßregeln verlangte. Andernfalls wäre jeder Verlust einer nichtversicherten Postsendung, jedes Überfahren von Menschen oder Vieh durch Wagen oder Radler fahrlässig verursacht, da die entfernte Möglichkeit derartiger Folgen immer voraussehbar war.

Soweit es danach auf die Voraussehbarkeit ankommt, ist auch bei ihr wieder grundsätzlich, wie bei der Sorgfaltanwendung, der abstrakte, nicht der individuelle Maßstab anzulegen, s. Weyl S. 133/4 (mit weiteren Angaben).

Die Voraussehbarkeit ferner muß sich nicht nur beziehen auf die Körperbewegung als solche, sondern auch auf den Eintritt des Erfolges. Aber nur auf den „näheren Erfolg", den haftungbegründenden Vorgang selbst, nicht auf die weiteren Wirkungen, die „konkrete Gestaltung des Schadens im einzelnen". So Rümelin, ArchBR. **90** 233 ff., Zitelmann, Grundriß, S. 154 ff., RG. **ZS. VI** vom 8. II. 97, **JW. 97** 198. — Auf die Rechtswidrigkeit des Erfolges vollends braucht sich die Voraussehbarkeit keinesfalls zu erstrecken.

β) **Grobe Fahrlässigkeit** (s. Weyl S. 271 ff.), im BGB. nicht definiert; sie stellt wohl einfach eine aus den Umständen des Falles zu beurteilende, besonders schwere Außerachtlassung der nach α) erforderlichen Sorgfalt dar. So auch Enneccerus S. 292, Weyl S. 272.

c) Daneben hatten die Römer für gewisse Fälle einen anderen, subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff **(culpa in concreto)**, der sich aus der Außerachtlassung der gerade von dem Betreffenden in seinen eigenen Angelegenheiten angewendeten Sorgfalt (diligentia quam in suis) ergab. Er fand Anwendung bei den Fällen gemeinschaftlicher Vermögensverwaltung.

Auch diesen Begriff hat das BGB. übernommen und verwertet. S. dazu Weyl S. 289. Er enthält keine Unterart der Fahrlässigkeit neben der gewöhnlichen und groben, steht vielmehr beiden Fahrlässigkeitsgraden koordiniert gegenüber. Er fällt neben ihnen unter den Oberbegriff „Außerachtlassung der Sorgfalt" (Weyl) oder, wie man ihn auch nennen könnte, „Fahrlässigkeit im weiteren Sinne".

d) Neben dem Verschulden gegen andere steht das in § 254 behandelte „eigene Verschulden" („Verschulden gegen sich selbst"), das keine Haftung des Verschuldenden hervorruft, sondern eine Haftung dritter ihm gegenüber ausschließt. Ob es übrigens

dem gewöhnlichen Verschulden in Voraussetzungen und Eigenart gleichartig sei, darüber s. Bem. zu § 254. Die Frage ist dort bejaht worden. Alsdann ist auch bei dieser Art des Verschuldens folgerecht für die Fragen nach der Voraussehbarkeit des Erfolges und nach der erforderlichen Sorgfalt der objektive, nicht der individuelle Maßstab anzulegen; so auch RG. 3S. VI vom 2. I. 05. DJZ. 05 219.

2. **Welches Verschulden ist zu vertreten?** Während es nach RG. und SächsGB. § 728 darauf ankam, ob der Schuldner an dem Verhältnisse persönlich interessiert, war oder nicht, und nur im ersteren Fall für culpa levis, sonst für culpa lata gehaftet wurde, läßt das BGB. nach § 276 **allgemein die „Fahrlässigkeit"** vertreten werden „soweit nichts anderes bestimmt ist". Dies kann geschehen:

a) Durch **Vertrag** — sowohl verschärfend als abmildernd. Nur das pactum de dolo non praestando wird in Abs. 2 in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht für nichtig erklärt. Jedoch bezieht sich das nur auf den Erlaß im voraus; auf den erworbenen Ersatzanspruch kann verzichtet werden. Ueberhaupt handelt es sich dabei um eine Sonderbestimmung, die nicht erweiternd ausgelegt werden kann; auch nicht, im Gegensatz zum Gemeinen, Landrecht und Französischen Recht, auf den Fall des groben Verschuldens (s. Mot. S. 31), das im Sinne des BGB. überhaupt dem Vorsatz in seinen Wirkungen durchaus nicht ohne weiteres gleichzustellen ist, ebenso RG. Z.S. VI. vom 17. II. 02 bei Gruchot 46 900/1. Andrerseits bezieht sich die Bestimmung auch auf den vom Schuldner zu vertretenden Vorsatz seiner Gehilfen und Stellvertreter, s. Prot. S. 301.

Ob mit dem nichtigen Haftungsausschluß auch der ganze übrige Vertragsinhalt hinfällig werde, beantwortet sich nach § 139; für die Regel der Fälle wird die Auslegung hier wohl zu einem verneinenden Ergebnis führen. S. Mot. S. 31.

b) durch **gesetzliche Sonderbestimmung**; sie kommt z. B. vor:

α) **verschärfend** für den Fall des Verzuges, § 287; ferner nach § 701 (Haftung des Gastwirts bis zur höheren Gewalt nach §§ 678, 829, 833, 835, 848); andere Fälle im Handelsrecht und Haftpflichtgesetz.

β) **abschwächend**, indem nur gehaftet wird wegen Vorsatz und groben Verschuldens — so allgemein bei Annahmeverzug, § 300, s. ferner §§ 571 (Schenker), 599 (Verleiher), besondere Fälle in §§ 539, 680, 723, 912, 932, 968; oder für culpa in concreto — so in den §§ 690 (Verwahrer), 708 (Gesellschafter), 1359 (Ehegatte), 1664 (Vater) 1686 (Mutter), 2131 (Vorerbe). S. dazu auch Weyl S. 178.

3. **Persönliche Fähigkeit.** Nach Abs. 1 S. 3 sollen auf die Haftung aus § 276 die Vorschriften der §§ 827—8 Anwendung finden; danach sind Geisteskranke, Bewußtlose und Kinder unter 7 Jahren eines vertretbaren Verschuldens überhaupt nicht, Personen zwischen 7 und 18 Jahren und Taubstumme nur bedingt fähig, s. dazu Weyl S. 578ff. und besonders über den nicht zweifellosen Umfang der Verweisung S. 580. Dagegen haften die Genannten nach § 278 für das Verschulden ihrer Vertreter.

4. a) **Verhältnis zur Haftung aus unerlaubter Handlung**: Es fragt sich, ob der nach Nr. 2 unter Umständen eintretende gemilderte Haftungsmaßstab auch die an sich schärfere Haftung aus § 823 für die fraglichen Fälle entsprechend herabmildert? Im GR. war die Frage streitig, s. die Angaben bei Windscheid II, § 455 No. 12, doch wurde sie meist verneint, so von Windscheid, anders Pernice Sachbeschädigungen S. 78ff., Labeo II S. 371. BGB. beantwortet die Frage nicht ausdrücklich, daher besteht auch hier schon Streit, s. die Angaben vor § 823 Nr. 5, wo die Frage näher zu besprechen ist. Ich gebe an sich der verneinenden Meinung den Vorzug; denn wo das Verhalten zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt, müssen auch mangels besonderer Bestimmung im Gesetz dessen Folgen zur Anwendung kommen. Aber dabei ist zu beachten, daß der Kreis dessen, was man schon auf Grund der allgemeinen gesetzlichen Regel zu verantworten hat, eben ein viel engerer ist, als derjenige der vertragsmäßig übernommenen Pflichten, trotz des schärferen Beurteilungsmaßstabes. Außerdem kann im Abschluß eines mit gemilderter Haftung verbundenen Geschäftes unter Umständen ein Verzicht auf den schärferen Haftungsmaßstab zu finden sein.

b) **Verhältnis zur Haftung aus dinglichen Ansprüchen**: (S. dazu Siber Rechtszwang S. 114ff., Hellwig, Lehrbuch S. 258ff.) Wohl mit Recht behauptet Siber, daß die Sondervorschriften über die Haftung beim Eigentumsanspruch, §§ 989ff., sich nur auf den objektiv unrechtmäßigen Besitzer bezögen; wer aus einem besonderen Schuldverhältnis im Besitz der fremden Sache ist, haftet auch

ausschließlich nach den Regeln des Schuldrechts. Wenn freilich Siber diese Einschränkung nicht nur beim Ersatz-, sondern selbst beim Rückgabeanspruch annimmt, sodaß also der auf Grund eines Schuldverhältnisses zum Besitzer gewordene dem Eigentumsanspruch überhaupt nicht ausgesetzt sei, so ist das bedenklich und wurde schon in der allgemeinen Vorbem. Nr. 3cd abgelehnt.

Vertragsmäßig und nicht nach §§ 989ff. haftet auch der Untermieter dem Vermieter; denn die ihm auferlegte Rückgabepflicht nach § 556 zieht bei vertretbarer Unmöglichkeit einen Ersatzanspruch nach § 276 nach sich, der die allgemeine Haftung für seinen Anwendungsbereich ausschließt.

5. **Anwendungsgebiet. — Haftung für positive Vertragsverletzungen.**

a) Obwohl die §§ 276ff. sich in der Lehre von der Verpflichtung zur Leistung befinden, so ist doch zweifellos und allgemein anerkannt, daß die hier erwähnten und teilweise bestimmten Verschuldensbegriffe eine allgemeine Bedeutung haben sollen. Das folgt schon aus dem sonst ganz unerklärlichen Mangel anderweiter Begriffsbestimmung. Insbesondere der Begriff der Fahrlässigkeit ist somit allgemein, sowohl im Rechte der unerlaubten Handlungen wie sonst, in dem durch § 276 bestimmten Sinne einer Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu bestimmen.

b) §§ 275ff. handeln zunächst nur von dem Fall, daß die Erfüllung einer vorhandenen Verbindlichkeit mit oder ohne vertretbares Verschulden unmöglich wird. Das erweckt mehrfache Zweifel:

α) Die Haftung wegen Verzuges ist in §§ 286ff. besonders geregelt. Unsere §§ kommen dafür nur insoweit in Betracht, als zur Entstehung des Verzuges ein nach §§ 275ff. vertretbares Verhalten erfordert wird.

β) Auf ein schuldhaftes Verhalten bei Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo) beziehen sich die Paragraphen gleichfalls nicht. Eine allgemeine Haftung deswegen ist dem Gesetze fremd, sie findet vielmehr nur in einzelnen Sonderfällen statt (§§ 122, 179, 307) und auch hier nur im Sinne einer Haftung für das sog. negative Interesse. Übrigens kommt nur eine Verantwortlichkeit aus unerlaubter Handlung sowie eine Bereicherungshaftung dabei in Frage.

Soweit freilich das Gesetz in den genannten Fällen wegen Verschuldens haften läßt, ist die Bestimmung der Schuldbegriffe natürlich nach § 276 vorzunehmen.

γ) Schwierig und viel behandelt ist neuerdings die Frage, ob der Schuldner bei vertretbarem Verhalten auch wegen sogen. positiver Vertragsverletzungen hafte, d. h. dafür, daß er mittelst einer vertretbar ungenügenden, fehlerhaften Erfüllungshandlung dem Gläubiger einen anderweiten Schaden zufügt, z. B. das gelieferte kranke Tier steckt des Gläubigers Viehbestand an, verdorbene Eßwaren verseuchen seinen sonstigen Warenbestand oder bewirken seine Erkrankung, s. dazu besonders Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, 1904 (ursprünglich in Guttentags Festschrift zum 26. JT., 1902), Lehmann ArchCivPrax. 96 60ff., Dernburg DJZ. 1903 S. 1ff., Kipp das. S. 253ff.

Es sind ihretwegen zu scheiden die Frage nach der Ersatzpflicht und die nach dem Rücktrittsrecht des Gegners, s. wegen dieser Bem. 6 zu § 325, während über jenen hier zu handeln ist.

Daß die Haftung aus rechtspolitischen Gründen nötig sei und die Ansprüche aus einer etwaigen unerlaubten Handlung nicht zureichen, wird allgemein zugegeben (s. z. B. den interessanten Fall von Krückmann DJZ. 1905 S. 205); sie wurde daher in der Sache bereits für das römisch-gemeine Recht angenommen (s. RG. ZS. I vom 7. III. 1882 bei Gruchot 27 147) und wird auch für das neue Recht, zumal seit Staubs Aufsatz, nicht ernsthaft bestritten. So hat denn auch das RG. ZS. III vom 30. V. 1902, DJZ. 1902 S. 435, den Badeanstaltsbesitzer für vertragsmäßig haftbar erklärt, wenn ein Badegast im Dampfbade infolge Undichtigkeit der Röhren körperlich verletzt wird. Streit herrscht eigentlich nur über die Begründung.

αα) Einige Autoren nehmen hier ohne weiteres eine nach § 276 zu beurteilende Unmöglichkeit der Leistung an, sei es der eigentlichen Hauptleistung, sei es einer damit nach Treu und Glauben als verbunden zu erachtenden Pflicht zur Unterlassung von Gefährdung der ersteren. So Goldmann-Lilienthal S. 333 Anm. 13, Schöller bei Gruchot 46 26—7. Für die Herleitung aus der Unterlassungspflicht auch RG. ZS. II vom 6. III. 1903, Bd. 54 Nr. 29 S. 101 (wonach aber jene „nicht stets ein Teil der Leistung im Sinne des § 325" ist) und, sehr entschieden, OLG. Hamburg 13. V. 1901 bei Seuffert 56 Nr. 219 S. 392 (aus § 242 ergebe sich „die allgemeine Verpflichtung, den Gegenkontrahenten soweit möglich vor einem Schaden zu bewahren,

welcher demselben durch Nichterfüllung des Vertrages erwachsen könnte". Dagegen mit Recht Lehmann S. 67, 77, der diese Unterlassungspflicht zwar anerkennt, aber nur als sekundäre, sodaß die allgemeinen Regeln über Leistungsunmöglichkeit darauf nicht ohne weiteres anwendbar sind. Gegen eine weitergehende Pflicht zur Unterlassung von Verschulden s. auch die beachtenswerten Erörterungen bei Siber, Rechtszwang S. 176ff.

ββ) Staub verwirft gänzlich die Heranziehung des Unmöglichkeitsgedankens und glaubt dafür die Vorschrift des § 286 über die Haftung des Verzugsschuldners entsprechend verwerten zu können. Dagegen aber überzeugend Goldmann, Kipp und Lehmann. Es trifft keineswegs immer zu, daß mit der positiven Vertragsverletzung ein Verzug oder ein verzugsartiges Verhalten verbunden ist. So hat, wer die mit ansteckender Krankheit versehene Kaufsache liefert, immerhin erfüllt, ebenso der Badeanstaltsbesitzer in dem oben mitgeteilten Fall, oder der Lieferant einer Maschine, wenn infolge mangelhafter Instruktionen über die Behandlung eine Betriebsstörung entsteht.

Außerdem sind die hier fraglichen Schäden keineswegs Verzugsfolgen. Denn wäre gar nichts geleistet, so wäre zwar Verzug eingetreten, aber nicht unser positiver Erfüllungsschaden.

γγ) Darum glauben andere mit Recht den Unmöglichkeits-, wie den Verzugsgedanken bei Seite lassen und den Satz aufstellen zu sollen, „daß die Regeln über Unmöglichkeit und Verzug nicht die einzige Ausnahme von dem Grundprinzip der Ersatzfreiheit enthalten", so besonders Lehmann S. 87 mit guter Begründung, auch Dernburg und Kipp (S. 254 l. u.). Auf § 276 berufen sich diese Autoren nur im Sinne eines entsprechend anwendbaren Erkenntnisgrundes; aus ihm, wie aus § 286 ist das Prinzip zu entnehmen, daß das Gesetz den Schuldner für alle Schäden verantwortlich macht, die er durch vertragswidriges Verhalten dem Gläubiger zufügt. Daß aber ein Verhalten der hier besprochenen Art vertragswidrig sei, das läßt sich allerdings aus § 242 bezw. der neben der Leistungs- ohne weiteres herlaufenden Unterlassungspflicht folgern.

Natürlich kann mit der positiven Vertragsverletzung im Einzelfalle auch Unmöglichkeit korrekter Erfüllung oder Verzug verbunden sein, und dann kommen deren Regeln auch schon ohne weiteres, nicht nur entsprechend, zur Anwendung. So kann bei den sog. Successivlieferungsgeschäften der Mangel einer Teilzahlung (z. B. eines Fasses Bier, Petroleum) den Schluß auf die Unmöglichkeit vertragsmäßiger Lieferung überhaupt begründen (Lehmann S. 98 und unten Bem. zu § 325).

6. Auf die **Höhe des Verschuldens** kommt innerhalb des Rahmens der Fälle, in denen überhaupt gehaftet wird, grundsätzlich nichts an; sie ist nur für die Schadensverteilung im Sinne des § 254 bedeutsam. Die gegenteilige Ansicht von Dernburg II § 28, rechtspolitisch bedeutsam ist für das geltende Recht mit Rümelin, Kausalbegriffe S. 301ff., S. A. S. 131ff. abzulehnen; sie beruht auf einer zu weiten Auslegung des § 287 ZPO.

7. **Irrtum**: Daß der Schuldner im allgemeinen nicht für die Folgen entschuldbaren Irrtums haftet (s. bes. E. I § 241), ist selbstverständlich — aber anders, soweit er ohne Verschulden verantwortlich ist.

§ 277.

Wer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ist von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit.

Literatur: Weyl aaO. S. 178, 283ff.

E. I 145, E. II 233[a], RB. 271. — Mot. I S. 280, Prot. S. 187/8, 304.

Über die Anwendungsfälle s. zu § 276, Nr. 2bβ. Dieser Haftungsmaßstab soll nur zu einer **Erleichterung**, nicht zur Verschärfung der Haftung führen (wer „nur"). Der Schuldner ist in den fr. Fällen also frei von der Haftung für gewöhnliche Fahrlässigkeit, wenn er in eigenen Angelegenheiten minder sorgsam ist. Dafür trifft ihn aber zweifellos mit dem früheren Recht der Beweis.

Andrerseits haftet er folgerecht nicht um deswillen schärfer, weil er in eigenen Angelegenheiten noch über den normalen Maßstab des § 276 hinaus sorgfältig zu sein pflegt.

§ 277 berücksichtigt also im Gegensatz zu § 276 (1. Nr. 1b dazu) in der Tat die individuellen Momente in der Person des Schuldners, freilich nicht im Sinne der nach seiner Individualität möglichen, sondern nach der davon vielleicht sehr verschiedenen, bei ihm üblichen Sorgfaltsbetätigung.

§ 278.

Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 2 findet keine Anwendung.

E. I 224², E. II 234, RV. 272. — Mot. S. 29—31.

Deliktische Haftung 7. | Gehilfen 2b. | „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit" 3.
Freiwillige Mehrleistung 5. | Gesetzliche Vertreter 2a.

Literatur: M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung 1896, S. 70 ff. J. Nußbaum, Haftung für Hilfspersonen, 1898; Isay, Geschäftsführung, S. 377 ff.; Blau, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden, 1902; Brückner, Das Recht 01 299, 338, 373 ff., Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden, 1902; Karl Fischer, Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens nach dem BGB., 1904; Hoffmann, Haftung des Schuldners für seine Gehilfen, 1902; Dissert. von Wertheimer, Erlangen, 1900, und Wüstendörfer, Straßburg, 1901.

1. **Bisheriges Recht:** Die Haftung des Schuldners für die Verschuldung seiner Gehilfen war im bisherigen Recht sehr verschieden behandelt. Für das GR. hatte man sie früher meist verneint (so noch Windscheid und Goldschmidt), doch neigte die moderne Richtung auf Grund gewisser Quellenstellen, namentlich der l. 25 § 7 D. 19, 2, und praktischer Erwägungen mehr zur Bejahung der Frage, sei es nur für die Werkverdingung (Dernburg, ferner Entsch. des ROHG. 13 76 ff. und d. RG. 10 Nr. 45 S. 164 ff.), sei es allgemein (so namentlich Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 1893). Ebenso Code Art. 1384 und für den Werkvertrag Landrecht I, 11, § 930. Dem folgen die Entw. und das BGB. mit dem berühmt gewordenen Schlagwort der Motive, der Schuldner bediene sich der Hilfe der dritten im eigenen Interesse und folgeweise auch auf seine eigene Gefahr.

Welches aber in Wahrheit der treibende Gedanke der Regelung sei, ist nicht sicher, s. die Übersicht bei Fischer S. 44 ff., der seinerseits alle verwirft und in wenig angebrachter Überhebung als „wertlose Spielerei" bezeichnet. Richtig ist nur, daß hier wie überall der Leitgedanke aus den Einzelvorschriften zu entnehmen, nicht als ein a priori gewonnener zur ihrer Auslegung zu verwenden ist. Mir scheint der von Unger weiter ausgeführte Gedanke der Motive noch immer als der beste Erklärungsversuch, dafür auch RG. in JW. 97 570, zu Unrecht dagegen Fischer S. 49. Verwandt damit auch die Erklärungen von Enneccerus S. 479 und Endemann S. 652 ff.

2. **Anwendungsfälle:** Die Bestimmung bezieht sich auf das Verschulden

a) **des gesetzlichen Vertreters.**

α) Wer dahin gehört, ist teilweise zweifelhaft: sicher ist es für den Vater, die Mutter, den Beistand, Vormund und Pfleger, auch wohl für die Ehefrau dem Manne gegenüber im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt (Feder S. 25). Dagegen gehören die Vorstände und sonstigen Organe juristischer Personen richtiger Ansicht nach nicht dahin, da ihr Handeln ein solches der Verbandspersönlichkeit selbst ist und für diese nicht nur nach § 278, sondern nach § 31 wirkt. Bestritten wird die Vertretereigenschaft im Sinne des § 278 auch dem Testamentsvollstrecker, s. Planck Nr. 2a, Titze Unmöglichkeit, S. 87 und Rehbein S. 105, der sich aber dafür auf § 2218 kaum zutreffend beruft; man wird vielmehr aus §§ 2205—6 die Bejahung der Frage folgern dürfen. So auch Feder S. 24—5. Natürlich bezieht sich die Vertreterschaft des Testamentsvollstreckers nur auf den Nachlaß, der Erbe haftet nicht persönlich für sein Verschulden. Auch bei den Gesellschaftern der offenen Handelsgesellschaft dürfte gesetzliche Vertreterschaft nach HGB. § 125 (altes: Art. 114) anzunehmen sein, mit Feder S 25 gegen Rehbein S. 105,

Fischer S. 15, Planck Nr. 2a. Das Gesetz knüpft die Vertreterstellung ohne weiteres an die Eigenschaft als Gesellschafter, nicht ist sie Folge einer besonderen Bevollmächtigung, also nicht rechtsgeschäftlich, wie Rehbein will. Dagegen ist der Gesellschafter des BGB. nicht hierhin zu rechnen, da er einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vollmacht bedarf, § 714.

β) Trotz des allgemeinen Wortlautes ist selbstverständlich, daß der Vertretene für den Vertreter nicht allgemein haftet, sondern nur wenn dieser als Vertreter für ihn auftritt (s. Titze S. 87), und auch dann wohl nur wegen einer Erfüllungshandlung. Darauf weist die Stellung des § 278 in der Lehre von der Unmöglichkeit und die Analogie der Gehilfenhaftung deutlich hin.

γ) Allerdings läßt sich die Gleichstellung der beiden Haftungsfälle in § 278 nicht glatt durchführen (s. Endemann § 116 Anm. 15). Insbesondere hat der Vertreter seinen gesetzlichen Vertreter nicht bestellt, bedient sich seiner nicht; er ist eigenen Verschuldens vielfach unfähig, sodaß der Hinweis auf ein solches auf unseren Fall wenig paßt. Gemeint ist: der Vertretene haftet, wie wenn das schuldhafte Verhalten des Vertreters sein eigenes schuldhaftes Verhalten gewesen wäre. Das rechtfertigt sich aus dem Gedanken der Korrespondenz: wenn das vorteilhafte Tun des Vertreters dem Vertretenen nützt, die Vertreterschaft überhaupt zwar nicht von ihm, aber für ihn eingerichtet ist, kann er auch die nachteiligen Handlungen des Vertreters nicht füglich von sich ablehnen.

b) Der Schuldner haftet ferner für **Personen, deren er sich** (zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit) **bedient**. Dazu ist zu bemerken:

α) Ob die Personen in einem dauernden Dienstverhältnis zum Schuldner stehen oder nur besonders zugezogen sind, macht nichts aus. Auch das Gesinde gehört dahin, nach EG. Art. 95 Abs. 2 nicht abänderbar. Ebenso der Schauspieler, dessen sich der Theaterunternehmer zur Veranstaltung der angekündigten Vorstellung bedient, RG. ZS. III, Entsch. Bd. 59 Nr. 8 S. 22 (wodurch OLG. Dresden, Rspr. VIII S. 431 bestätigt wurde).

β) Unerheblich ist, ob die Person zur Vornahme der Hilfshandlung verpflichtet war oder sie freiwillig vollzog, z. B. der Freund, der ein geliehenes Buch der Bibliothek für den Entleiher zurückbringt; der das gemietete Pferd für den Mieter bewacht, Goldmann S. 325. Nur muß die Hilfshandlung überall mindestens mittelbar auf dem Willen des Schuldners beruhen; für einen Geschäftsführer ohne Auftrag ist er nach § 278 nicht haftbar. S. aber auch unten ε).

γ) War die Hilfshandlung vertragsmäßig ausgeschlossen, so haftet der Schuldner für sie nicht nach § 278, sondern nach § 276: für eigenes, nicht für fremdes Verschulden. Auf Schuld des Gehilfen kommt es alsdann nicht weiter an.

δ) Wohl aber haftet er nach § 278 für wahre Erfüllungsvertreter im Gegensatz zu bloßen -gehilfen, sowie auch für Substituten. Das wird nach dem Hergang der Mot. S. 29 fast allgemein anerkannt, s. besonders RG. ZS. VI vom 5. X. 1903, Bd. 55 Nr. 82 S. 331 und dort zitierte; es ergibt sich insbesondere für die Substituten a contrario daraus, daß die Haftung des Schuldners ihretwegen in einigen Sonderfällen ermäßigt wird, s. §§ 27, 664, 691, 713, 2218. So auch Feder S. 38, Titze S. 88; anders nur Fischer S. 20, weil der Schuldner durch die erlaubte Substitution aus dem Verhältnis ausgeschieden sei. Das ist ganz verfehlt, s. Bem. 4a zu § 664. Der Substitut erfüllt im Verhältnis zum Gläubiger in der Regel des Schuldners, nicht seine eigene Verpflichtung. S. aber auch G. Rümelin, Dienst- und Werkvertrag, S. 252ff., der wohl nur im Ausdruck, nicht in der Sache abweicht, indem er ein Recht zur Beziehung eines Substituten nur ausnahmsweise anerkennt.

ε) Hatte der gesetzliche Vertreter, nicht der Schuldner selbst, die Gehilfen zugezogen, so soll nach Goldmann-Lilienthal S. 325 Anm. 34 der Schuldner nicht haften. Das ist unmöglich: da auch der Vertreter mangels eigenen Verschuldens und weil nicht Schuldner, also durch § 278 nicht betroffen, haftfrei bleibt, würde danach für solche Gehilfen niemand haften. Eine solche Lücke kann dem Gesetzbuch nicht zugemutet werden, und sie braucht es nicht, da in der gesetzlichen Vertretungsmacht die Ermächtigung liegt, wirksam für den Vertretenen Gehilfen zuzuziehen, die dann im Rechtssinn wie von ihm selbst zugezogen erscheinen.

Dagegen haftet der Geschäftsunfähige nicht für den von ihm selbst bestellten Gehilfen, weil der Bestellungsakt hier nichtig ist, Kisch Unmöglichkeit S. 105, Fischer S. 28. Nach vollzogener Bestellung eintretende Geschäftsunfähigkeit schadet nichts Fischer aaO., Schollmeyer Nr. 2.

3. Der § 278 läßt den Schuldner nur haften für die Personen, deren er sich **zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit** bedient.

a) Gleichgültig ist der Ursprung der Verbindlichkeit, insbesondere braucht sie keine vertragsmäßige zu sein. (Anders anscheinend Endemann S. 761 Anm. 25). Öffentlichrechtliche Verhältnisse gehören indes nicht dahin, z. B. Unterbringung eines nach dem Invaliditätsgesetz Versicherten in einem Krankenhause oder Genesungsheim. Daß dabei die Versicherungsanstalt nicht für dessen Angestellte haftet, ist angenommen vom RG. ZS. VI, 5. X. 1904, Bd. 59 Nr. 58 S. 197. Vielmehr kommt in solchem Falle nur die Haftung aus § 831 in Frage.

Streit herrscht im übrigen darüber, was unter der „Verbindlichkeit" im Sinne des § 278 als solcher zu verstehen sei. Nußbaum S. 52ff. scheidet nämlich von den „echten" die „unechten" Verbindlichkeiten, bei denen jemand nicht zu einer Leistung verpflichtet ist, sondern nur gelegentlich eines andern (berechtigten) Verhaltens eine gewisse Sorgfalt beobachten muß, z. B. als Mieter oder Entleiher. Darauf soll nicht § 278, sondern nur § 831 anwendbar sein. Ähnlich Dernburg § 68, III, c. Dagegen aber die meisten, besonders Blau, S. 19, Feder S. 46, Fischer S. 22 (beide mit weiteren Angaben), Hoffmann S. 120ff., Kipp zu Windscheid S. 93, Planck Nr. 3, Titze S. 89. In der Tat sprechen dagegen überwiegende Gründe: Der Mangel einer jeden, noch so leisen Andeutung eines so wichtigen Gegensatzes im Gesetzbuch; die Schwierigkeit der Abgrenzung; das in der Einengung der so wohltätigen, notwendigen Haftung aus § 278 liegende rechtspolitische Bedenken (Feder S. 45). Ferner, wenn auch der Mieter in der Regel zum Gebrauche nur berechtigt, nicht verpflichtet ist, so folgt daraus nichts für Nußbaum: denn jedenfalls, wenn er den Gebrauch macht, ist er zur sachgemäßen Behandlung verpflichtet, und zwar vertragsmäßig (§§ 548, 550), und nichts deutet darauf hin, daß das Gesetz darin etwas anderes als eine gewöhnliche Verbindlichkeit sieht. Für die Anwendbarkeit des § 278 auf Gebrauchshandlungen daher denn auch OLG. Hamburg, OLGRspr. IX S. 34. So auch in Bezug auf das Mietverhältnis im wesentlichen die sorgsam unterscheidende Abhandlung vom M. Bruck, ArchBürgR. 27 110ff., bes. 120ff., ferner Planck Nr. 2b.

Ganz zweifellos ist die Frage freilich keineswegs; sie bedarf noch näherer Prüfung, und Fischers geringschätzige Bemerkungen gegen Nußbaums interessante Lehre (S. 21ff.) sind wenig angebracht. Der möglicherweise als Sondervorschrift gedachte § 549 spricht sogar vielleicht eher für sie (anders Planck Nr. 2b).

b) Schwierigkeiten machen aber die Worte „zur Erfüllung".

α) Sie schließen jedenfalls alle die Fälle aus, wo der Vertreter oder Gehilfe sich nur bei **Eingehung** des Schuldverhältnisses schuldhaft benahm; die von Meisner (Nr. 3) und wesentlich auch von Kuhlenbeck (Nr. 5) vertretene abweichende Ansicht ist unhaltbar. § 278 setzt eine bereits vorhandene Verbindlichkeit voraus, und für eine entsprechende Anwendung scheinen die nötigen Grundlagen zu fehlen. S. auch Feder S. 27, sowie neuestens RG. ZS. V vom 8. VII. 1905, DJZ. 05 862—3.

β) Aber zweifelhaft ist, **in welchem Verhältnis** das schuldhafte Handeln der Gehilfen zur Erfüllung der Verbindlichkeit stehen muß. Hier sind vier Standpunkte möglich und vertreten (s. Feder S. 56ff.).

αα) Nach der ersten, engsten Auffassung muß die schuldhafte Gehilfenhandlung nicht nur in Ausführung der Erfüllungshandlung, sondern auch gerade am Leistungsobjekt geschehen sein, z. B. das zur Reparatur übergebene Kleidungsstück wird vom Schneidergesellen, das einzubindende Buch vom Buchbinderlehrling verdorben.

ββ) Nach der zweiten muß sie zwar in Ausführung der Erfüllungshandlung geschehen sein, kann aber auch ein anderes Objekt treffen, z. B. der von einem Gesellen schlecht angeschraubte Kronleuchter zertrümmert beim Herunterfallen eine Vase oder Tischplatte, der Rollkutscher ramponiert die Treppe oder zertrümmert eine Scheibe, so auch in dem reichsgerichtlichen Fall oben ba.

γγ) Noch weiter ist die Auffassung, wonach die den Geschäftsherrn verpflichtende Gehilfenhandlung nicht gerade in, sondern nur bei Gelegenheit der Erfüllung geschehen sein muß, z. B. der Geselle, der den Kronleuchter einsetzen soll, stiehlt dabei eine im Saale stehende Figur, er wirft eine brennende Zigarre bei der Arbeit fort und verursacht dadurch einen Brand. Die Kohlenträger trinken im Keller eine dort gefundene Flasche Wein aus.

δδ) Es ist nur nötig, daß der Gehilfe zur Erfüllung hinzugezogen wurde, aber nicht, daß er überhaupt eine Erfüllungshandlung vornahm, z. B. der Meister sendet

seinen Lehrling zur Vornahme einer Reparatur und dieser, statt sie auszuführen, bestiehlt den Gläubiger.

Davon kommen die Auffassungen zu αα) und δδ) kaum in Betracht, sie werden beide, in entgegengesetzter Richtung, dem Wortlaut und erkennbaren Zweck des Gesetzes nicht gerecht. Vor allem würde die völlige Loslösung der Haftung von den Erfüllungshandlungen (δδ) der Stellung des § 278 im System schlecht entsprechen und sein Verhältnis zu § 831 unklar gestalten; sie würde folgerecht dahin führen, auch einem anderen als gerade dem Gläubiger gegenüber die Haftung eintreten zu lassen und damit § 831 fast völlig inhaltlos zu gestalten. Andererseits eine Haftung nur wegen Beschädigung der Erfüllungsobjekte, aber nicht wegen sonstiger Sachen des Gläubigers wäre allzu eng und würde innerlich gleichgeartete Fälle auseinander reißen; sie widerspricht auch der Entstehungsgeschichte, indem der ursprüngliche Wortlaut des Entw. I § 224 Abs. 2 „in Ansehung der Erfüllung" später erweitert wurde. Diese Auffassung würde zudem verkennen, daß die §§ 276ff. nach § 285 auch für die Verzugsfrage maßgebend sind, die Verzugshaftung aber nur ausnahmsweise sich auf eine Beschädigung des Leistungsgegenstandes beziehen wird.

Es bleibt somit nur die Wahl zwischen den beiden mittleren Auffassungen. Davon kann die erstere (ββ) als herrschend bezeichnet werden; dafür Brückner S. 339, Dernburg § 68, IIIc, Endemann § 116 Nr. 4b, Enneccerus S. 479—80, Isay, Geschäftsführung S. 406, Nußbaum aaO. S. 74ff., Paech, Leistungsverzug S. 87, Planck Nr. 3, Rehbein, Schollmeyer Nr. 1c; dagegen freilich Feder S. 58ff., 63, Fischer S. 32ff. (der aber Vorbereitungshandlungen ausschließt), Hoffmann S. 76ff., 187, Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. II S. 63 (anders jetzt bei Staudinger zu § 278, III), v. Liszt, Deliktsobligationen S. 104, Matthiaß S. 377, Rümelin, Schadenszurechnung S. 88, v. Weinrich, Haftpflicht, Aufl. 2 S. 50ff.

Vermittelnd Goldmann-Lilienthal S. 328: Die Handlung braucht nicht in Ausübung der Erfüllung geschehen zu sein, aber ihre Vornahme muß eine Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung der Verbindlichkeit bewirken. Das scheint teils zu eng, teils zu weit — ersteres hinsichtlich des Gegenstandes, letzteres hinsichtlich der inhaltlichen Eigenart der danach in Betracht kommenden Schädigung.

Die herrschende Lehre ist als zutreffend zu erachten. Nur sie berücksichtigt das innere Moment, während die Gegner den bloß äußerlich-mechanischen Zusammenhang mit einer Erfüllungshandlung für die Beurteilung verwerten. Der rechtspolitische Grund der Haftung führt nur zu ihr hin; denn es wäre ihm zuwider, den Schuldner vertragsmäßig selbst für solche Gehilfenhandlungen haften zu lassen, die ihn, wenn selbsthandelnd, nicht aus Vertrag, sondern nur aus unerlaubter Handlung verantwortlich werden ließen. Verläßt man das Erfordernis eines inneren Zusammenhanges der Tat mit der Erfüllung, so gibt es kaum noch ein Halten auf dem Wege zu der extremen Lehre zu δδ), zu der denn auch Rümelin stark hinneigt.

Eine andere Frage ist die, ob der Schuldner auch für die bloßen Vorbereitungshandlungen der Gehilfen nach § 278 hafte? S. darüber (und dagegen) besonders Fischer S. 32ff., dafür Planck Nr. 2 a. E. Man wird scheiden müssen: war die Erfüllungshandlung dem Gehilfen gleichfalls übertragen, so stehen auch die Vorbereitungen zu ihr bereits in einem inneren Zusammenhang mit der Erfüllung, und § 278 kommt sicher zur Anwendung; z. B. der Gehilfe zerstört mit der Leiter, die er zur Befestigung des Kronleuchters in den Salon bringt, eine Scheibe. Zweifelhafter liegen die Fälle, wenn der Gehilfe nur zur Vorbereitungshandlung verwendet wurde, z. B. der Malermeister, der den Anstrich eines Hauses übernommen hatte, bedient sich eines Zimmergesellen zur Aufstellung des Gerüstes. Aber derlei zur Ausführung der Hauptverrichtung unerläßliche Vorbereitungshandlungen dürften in einem weiteren Sinne bereits zu den Erfüllungshandlungen gehören, wer Leistung verspricht, verspricht implicite auch das zu ihrer Vorbereitung Erforderliche. Auch hier dürfte § 278 somit anwendbar sein. Anders aber, wenn sich der Schuldner eines dritten nur bedient zur Herstellung der persönlichen Voraussetzungen, die ihm die allein von ihm selbst zu vollziehende Vornahme der Leistung ermöglichen sollen. Hier ist der Zusammenhang mit der letzteren ein so lockerer, daß die Anwendung des § 278 äußerst bedenklich erscheint. So haftet z. B. der Arzt danach nicht für das Verschulden des Kutschers oder der Eisenbahn, die ihn zum Patienten befördern sollen (übereinstimmend Dernburg § 68, III).

c) Die Haftung aus § 278 greift nur dem Gläubiger gegenüber und nur wegen des ihm erwachsenen Schadens Platz. Natürlich genügt eine mittelbare Schädigung,

wenn z. B. ein Angehöriger des Gläubigers verletzt ist und dieser (z. B. wegen seiner Unterhaltspflicht) dadurch zu Aufwendungen veranlaßt wird, sowie wenn er seinerseits dem Drittbeschädigten verantwortlich ist, z. B. er haftet als Mieter vertragsmäßig dem Vermieter für die von einem Handwerkslehrling zerstoßene Scheibe, für die von den Leuten des Spediteurs verdorbene Treppe.

Übrigens kann die Haftung nur aus § 831 abgeleitet werden. So haftet z. B. aus ihm allein der Vermieter den Angehörigen des Mieters, die ein von ihm zugezogener Gehilfe beschädigt hat, s. OLG. Dresden bei Seuffert 48 Nr. 29 S. 54. S. auch den Fall in Rspr. X S. 159 (wenn ein Kellner das Kleid eines Gastes mit Sauce befleckt, haftet der Wirt aus § 278 nur, soweit der Kellner den Beschädigten gerade zu bedienen hatte, RG. vom 2. XI. 1904).

4. Das in Nr. 2/3 abgegrenzte Verhalten der gesetzlichen Vertreter und Gehilfen hat der Schuldner in gleichem Umfange wie eigenes Verschulden **zu vertreten.**

a) Das heißt;

α) Er kommt in Verzug, wenn die Leistung durch Schuld des Gehilfen unterbleibt oder verzögert wird; er muß die etwa versprochene Vertragsstrafe zahlen.

β) Er haftet auf Schadensersatz, wenn sie durch Schuld des Gehilfen unmöglich wird.

γ) Er haftet auch für die positiven Vertragsverletzungen der Gehilfen (s. zu § 276 Nr. 5).

b) Alles dies, soweit er das Verschulden, als eigenes gedacht, zu vertreten haben würde. Das ist unschwer zu verstehen, wenn der Schuldner für gewöhnliches Verschulden haftet. Es ist zunächst zu fragen: hat der Gehilfe die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt? Bejahendenfalls ist er im Verschulden, und dafür haftet der Schuldner, verneinendenfalls ist von einer Schuld des Gehilfen keine Rede, es bleibt aber die Möglichkeit, den Schuldner wegen eigenen Verschuldens, das leicht in der Verwendung eines ungeschulten, unreifen Gehilfen liegen wird, haftbar zu machen. Aber wie, wenn dem nicht so ist?

α) Haftet der Schuldner auch für Zufall, so natürlich ohne Unterschied, ob der Zufall in seiner eigenen oder seiner Gehilfen Person entstand.

β) Haftet er nur für grobes Verschulden oder für culpa in concreto, so soll nach Nußbaum S. 88ff. die Haftung aus § 278 überhaupt unanwendbar sein, ähnlich Dernburg § 68 No. 7 und meine Aufl. 1, dagegen aber alle anderen. Auch ich nehme meine frühere Ansicht zurück, als weder innerlich noch äußerlich genügend begründet. Wohl aber ermäßigt sich hier die Haftung ohne weiteres auch auf ein entsprechend qualifiziertes Verschulden des Gehilfen und gesetzlichen Vertreters. Es fragt sich aber: kommt es bei der Beurteilung darauf an, was für den Gehilfen oder was für den Schuldner grobes Verschulden sein würde? Die Frage ist auch hier im ersten Sinne zu beantworten (so auch Matthiaß S. 377, Goldmann S. 330, Kisch, Unmöglichkeit S. 105—6, anders Titze S. 91, Paech S. 90—1, zweifelnd Isay, Geschäftsführung S. 379), denn es heißt in § 278 nicht, daß der Schuldner das Verhalten, sondern daß er das Verschulden der Gehilfen wie eigenes zu vertreten habe; was ihre Schuld sei, muß also aus der Eigenart der Gehilfen zunächst ermittelt und dann nur in der Wirkung auf den Herrn, wie wenn von ihm begangen, bezogen werden.

Das ist nicht minder auf die culpa in concreto anzuwenden, für die freilich meist das Gegenteil angenommen wird, s. dazu auch Feder 723, Planck Nr. 5, Titze S. 91. Eine Vergleichung der Sorgfalt, die der Gehilfe (Vertreter) angewendet hat, mit der, welche der Schuldner für sich anzuwenden pflegt, wäre vielfach undurchführbar — man denke an einen geschäftsunfähigen oder wegen Mangels technischer Kenntnisse zur Erfüllungshandlung persönlich unfähigen Schuldner — und hätte auch im übrigen kaum Sinn.

5. Greift die Haftung Platz, **wenn der Schuldner freiwillig mehr tut**, als ihm nach dem Schuldverhältnis oblag, wenn er z. B. die Ware von seinem Wohnort als Erfüllungsort nach einem andern Bestimmungsort versendet? Wortlaut und Sinn des § scheinen zunächst dagegen zu sprechen. Andererseits wird er hier wie ein Geschäftsführer anzusehen sein, und dieser muß das übernommene Geschäft auch ausführen, § 677; er bedient sich also des Überbringers dabei zur Erfüllung einer Verbindlichkeit.

6. **Absatz 2** (s. dazu bes. Fischer S. 41): Er will sagen, daß der Gläubiger den Schuldner von der Haftung für alle Versehen seiner Erfüllungsmittler, einschl. ihres Vorsatzes, von vornherein entlasten kann. Das gilt auch wohl für derartiges Tun des gesetzlichen Vertreters.

7. Wegen **deliktischer Haftung** des Herrn für die Angestellten gibt § 831 besondere, im Ergebnis weniger weit gehende, aber dafür im Anwendungsbereich weitere (der meiner Aufl. 1 wegen dieses Gegensatzes vorgeworfene Widerspruch existiert nur in der Phantasie Fischers S. 90) Bestimmungen; sie kommen namentlich auch dann zur Anwendung, wenn die Gehilfen bei Gelegenheit der dem einen gegenüber auszuführenden Leistung den andern (z. B. den Hauswirt) schädigen.

8. **Besondere Anwendungen** des § finden sich gegenüber dem Beauftragten, § 664, dem Verwahrer, § 691; auch auf das landrechtliche Gesinderecht wird er für anwendbar erklärt, EG. Art. 95 Abs. 2. — Vorbehalte für die Landesgesetzgebung finden sich im EG. Art. 77/8.

9. Sehr zweifelhaft ist, ob § 278 entsprechend anwendbar sei auf den Fall, daß **der Gläubiger** sich zur Entgegennahme der Leistung einer Hilfsperson bedient. Dafür Hellwig, Verträge auf Leistung an dritte S. 113; Kisch, Unmöglichkeit S. 78. Das wäre z. B. wichtig im Fall des § 324. M. E. ist das kaum begründet; der Gläubiger bedient sich dieser Personen nicht zur Erfüllung einer Pflicht, und auch das eigene Tun des Gläubigers bei Entgegennahme der Leistung wird vom Gesetz nicht allgemein, sondern höchstens im Sonderfall des § 324 dem des Schuldners entsprechend gewertet. Man wird sich daher in Fällen dieser Art auf die mildere Haftung aus § 831 zu beschränken haben.

§ 279.

Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.

E. I 237², E. II 235, RV. 273. — Mot. S. 45—6, Prot. S. 314—6.

Literatur: Hartmann, Die Obligation S. 254 ff., Ubbelohde, ArchZivPrax. 85 120 und dazu Oertmann, ArchBürgR. 12 284.

1. **Prinzip:** Entsprechend der Rechtsparömie „genus perire non censetur“ soll nach der herrschenden Lehre des GR. der Schuldner bei einer Gattungsschuld seine bloß subjektive Leistungsunmöglichkeit vertreten müssen (s. jedoch gegen die ausnahmslose Geltung dieses Satzes Hartmann aaO.). Dem folgen die modernen Rechte und wesentlich auch das BGB.

Man darf nun aber den § 279 nicht mit Ubbelohde so verstehen, als ob es allein auf das Vorhandensein der Gattung ankäme; es wird vielmehr darauf abgestellt, ob die Leistung daraus noch (zwar objektiv, aber relativ, unter den obwaltenden Umständen) möglich erscheint; ob die noch vorhandene Gattung also im besonderen Falle zur Leistung verwendbar ist. Das wird z. B. nicht der Fall sein bei Ausfuhrverboten, Blokade, allgemeinem Streik; wohl aber z. B. bei Ausständen nur in dem betr. Etablissement oder bei sonstigen Betriebsstörungen, sowie allgemein bei bloßen Erschwerungen der Leistung, mögen sie auch diese wirtschaftlich noch so sehr belasten und das Ergebnis des Geschäftes unverhältnismäßig beeinflussen (s. Landsberg S. 311 und RG. ZS. I vom 6. IX. 1888, Bd. 22 Nr. 14 S. 81). Uebereinstimmend Hartmann aaO. und die dort mitgeteilte französische Praxis; ebenso für unser neues Recht Dernburg § 62, II, 3, Kisch S. 113, Matthiaß S. 338, Planck Nr. 1, Rehbein S. 112, 123 (entgegengesetzt freilich S. 110), Titze S. 14, 66 ff., im wesentlichen auch Crome S. 125 und Goldmann-Lilienthal S. 335 Anm. 19 (s. aber unten Nr. 3). Dieser milderen Lehre hat sich auch das RG. ZS. II, Erk. vom 24. IV. 1902 (Seuffert 57 Nr. 236 S. 440) und vom 23. II. 1904, Entsch. Bd. 57 Nr. 26 S. 116, angeschlossen. Im ersten Fall wurde Befreiung des Schuldners angenommen, weil die Abladung der Ware durch Beschädigungen im Abladungshafen unmöglich geworden war; im zweiten ebenso, weil die vom Schuldner betriebene Mühle durch Brandunglück außer Stand gesetzt war, das versprochene — nur dort herstellbare — Mehl in der vertragsmäßigen Zeit zu liefern. Wenn das RG. in Bd. 57 Nr. 90 S. 403 für einen ähnlichen Fall umgekehrt entschied, so erklärt sich das dadurch, daß im fraglichen Fall der Brand nur ein subjektives Unvermögen des Schuldners verursacht hatte. Allerdings halten an der

strengen Lehre (Haftung bis zum Untergang der ganzen Gattung) fest u. a. W. Biermann, ArchZivPrax. **91** 86, 99, Enneccerus S. 469, Eck S. 269 (etwas gemildert) Schollmeyer. Aber sie haben nicht einmal den Wortlaut, geschweige den Sinn des § 279 für sich, s. auch Vorbem. vor § 275 Nr. 1.

2. **Ausnahmen:** Die Haftung aus § 279 kann wegbedungen werden. So besonders im Fall der sogen. Streikklausel (s. OLG. Braunschweig, DJZ. **04** 752), die dem Schuldner die Haftung wegen Verzögerungen, event. auch wegen endgültigen Unvermögens innerhalb und infolge des Streiks abnimmt. Sie wirkt in der Regel auch noch für eine angemessene Zeit zur Nachlieferung nach dessen Ende.

Andererseits kann es Fälle geben, wo der Schuldner nicht durch Eintritt der Unmöglichkeit, ja nicht einmal durch den Untergang der ganzen Gattung frei wird — wenn er diese Umstände verschuldet hatte, z. B. den Brand der Mühle im Beispiel zu 1 a. E. So auch Kisch S. 115.

3. Zweifelhaft erscheint der Fall, wenn dem Schuldner die Leistung unmöglich geworden ist, aber aus Gründen, die mit der Eigenart der Gattungsschuld nichts zu tun hatten, z. B. wegen Krankheit oder aus andern rein persönlichen Hinderungsgründen. Dann soll er haften nach Cosack § 101, III, 2, Fischer S. 30ff., Kleineidam S. 125; nicht haften nach Dernburg § 62, II. 3 Crome § 118 Anm. 15, Goldmann-Lilienthal (aaO.), Enneccerus S. 468, Berndorff, Gattungsschuld S. 47, Kisch S. 117, Planck Nr. 3, Titze S. 92. Die Anhänger der ersten Meinung haben den Wortlaut für sich, der nach den Gründen des Unvermögens nicht scheidet. Aber der Sinn spricht sicherlich gegen sie, da der Unvermögensgrund hier doch mit der Eigenart der Leistung nichts zu tun hat. In dieser Eigenart aber liegt der Grund der Sondervorschrift des § 279, während es sinnlos wäre, das rein persönliche Unvermögen des Schuldners anders zu behandeln, je nachdem die Schuld, an deren Erfüllung er persönlich gehindert ist, eine Spezies- oder Gattungsschuld ist. Ich nehme somit meine frühere Ansicht zurück.

4. Ist es Gattungs- oder Speziesschuld, wenn der Gegenstand zwar individuell bestimmt ist, aber erst mit Geld oder anderen gattungsmäßig bestimmten Sachen des Schuldners angeschafft werden soll (**„Anschaffungsschuld"**)? Hier ist der Hauptzweck nicht die Leistung selbst, sondern die für sie erforderliche Aufwendung. Als Aufwendungsversprechen betrachtet aber ist die Schuld eine Gattungsschuld oder steht ihr doch sehr nahe. Ich neige also dahin, hier mit Cosack § 101, III, 1 (anders Aufl. 3 S. 340), Berndorff S. 48, Endemann S. 468 Anm. 1, Planck Nr. 2, Titze S. 93ff. den Schuldner nach § 279 für das Anschaffungsvermögen schlechthin haften zu lassen.

S. auch wegen der Zahlungsunfähigkeit Bem. 3 zu § 275.

5. Ist auch die Unmöglichkeit im Sinne des § 279 nur zeitweilig, so gilt das oben in der Vorbem. Nr. 5 gesagte.

§ 280.

Soweit die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen.

Im Falle teilweiser Unmöglichkeit kann der Gläubiger unter Ablehnung des noch möglichen Teiles der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat. Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 finden entsprechende Anwendung.

E. I 240[1], 242, E. II 236, RB. 274. — Mot. S. 49—51, 52—3, Prot. S. 317.

1. § 280 regelt die **Folgen** der nach dem Gesetz vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit. Sie läßt das Schuldverhältnis nicht untergehen, sondern

verwandelt nur dessen ursprünglichen, primären Inhalt in den sekundären: es ist nunmehr auf Schadensersatz gerichtet. Folglich bleiben Bürgen und Pfänder verhaftet, s. §§ 767 — dessen Fassung („durch Verschulden") freilich zu eng ist — und 1210.

2. **Voraussetzungen:** Über den Begriff der Unmöglichkeit und den Kreis der zu vertretenden Umstände s. Bem. zu §§ 275/9, über den des Schadensersatzes s. §§ 249 ff. u. Bem. dazu. Dieser ist zu leisten, „soweit die Leistung unmöglich", d. h. bei teilweiser Unmöglichkeit nur teilweise, nach Maßgabe jedoch des Abs. 2; bei nur zeitweiliger Unmöglichkeit und zeitweiligem Unvermögen kann Gläubiger den Schuldner noch nicht auf Ersatz belangen, sondern ihn höchstens in Verzug setzen und ihm nach erzielter Verurteilung eine Leistungsfrist nach § 283 stellen. Jedoch gilt das nicht bei entfernter Eventualität demnächstigen Möglichwerdens, falls derzeit eine ihrer Natur nach dauernde und nach dem gewöhnlichen Laufe der Ereignisse nicht wegfallende Unmöglichkeit vorliegt, s. Erk. des RG. 31 Nr. 38 S. 184: Verkäufer hat das Kaufgrundstück inzwischen einem dritten veräußert und aufgelassen. S. dazu auch Vorbem. vor § 275 Nr. 5.

3. **Beweis:** Die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung ist rechtsbegründende Tatsache für den nunmehr geltend gemachten Ersatzanspruch des Gläubigers und daher von ihm nach allgemeinen Regeln zu beweisen. So die bisherige Judikatur, so auch die Mot. S. 49. Anders, wenn sich der Beklagte gegenüber den zur Zeit die Leistung unmöglich machenden Umständen darauf beruft, daß sie ihm doch noch möglich sein werde, s. das Nr. 2 a. E. zitierte Erkenntnis.

4. **Klage auf Erfüllung:** Ob der Gläubiger der eingetretenen Unmöglichkeit oder des Unvermögens ungeachtet noch auf die ursprüngliche Leistung klagen könne, ist schon zu § 275 Nr. 4 erörtert.

5. **Teilweise Unmöglichkeit:** An sich muß der Gläubiger den noch möglichen Teil der Leistung annehmen, d. h. wenn ihm zugleich wegen des übrigen Ersatz angeboten wird — andernfalls greift § 266 Platz. Ein Recht, die teilweise als völlige Unmöglichkeit zu behandeln, steht ihm nur zu unter der, nach allgemeinen Grundsätzen von ihm zu erweisenden (s. Mot. S. 52), Voraussetzung des **mangelnden Interesses an der Teilleistung.**

Aber wann hat die teilweise Erfüllung für den Berechtigten „kein Interesse" mehr? S. dazu Schollmeyer Nr. 4[c], Kisch S. 186 ff. Dieser scheidet mit Recht die unteilbaren Verpflichtungen, bei denen die Teilerfüllung überhaupt keine Erfüllung ist, und die an sich teilbaren. Bei ihnen kommt es darauf an, ob nach den besonderen Verhältnissen des Gläubigers eine bloße Teilleistung seinem Interesse entspricht, s. die Beispiele bei Kisch S. 187. Man kauft mehrere Parzellen zur Anlage eines großen Miethauses; mehrere Marken zur Vervollständigung einer Markenreihe; eine Anzahl Aktien, um die Mehrheit in der Generalversammlung zu erlangen. Dagegen würde z. B. die Leistung eines Stiefels an Stelle des bestellten Paares, einzelner Bogen aus dem gekauften Buche zur ersten Gruppe gehören, also überhaupt keine Teilerfüllung sein.

Das zu beachtende Gläubigerinteresse ist zwar als ein individuelles, aber immer nur als ein objektiv begründetes (Schollmeyer) beachtbar.

Zeitlich maßgebend ist für seine Feststellung zunächst der festgesetzte Leistungstermin (Kisch S. 189); aber auch auf spätere Änderungen wird Rücksicht genommen.

Denkbar ist auch, daß von der möglich gebliebenen Restleistung wieder nur ein Teil für den Gläubiger Interesse hat, der andere Teil nicht, Kisch S. 192.

Das dem Gläubiger nach Abs. 2 gewährte Ablehnungs- und Ersatzrecht stellt einen Fall der sogen. facultas alternativa mit Wahlrecht des Gläubigers vor.

6. Wie, wenn der Teil schon geliefert war? Auch hier ist die Ablehnung nicht ausgeschlossen, wie sich aus S. 2 ergibt und in E. 1 § 242 besonders bestimmt war. Es muß also das Geleistete dann zurückerstattet werden; ein zufälliger Untergang desselben schließt die Ablehnung nicht aus, wohl aber ein schuldhafter. Die Behandlung des Verhältnisses im einzelnen ergibt sich aus den „entsprechend" anzuwendenden Sätzen des Rücktrittsrechtes. Wohin das des näheren führt, darüber vgl. Titze S. 153 ff. Auf alle Fälle sind die Rücktrittsregeln für den Gläubiger günstiger, als die allgemeinen Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung.

7. Besondere Bestimmungen über gegenseitige Verträge geben die §§ 325 ff.

§ 281.

Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.

Hat der Gläubiger Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so mindert sich, wenn er von dem im Abs. 1 bestimmten Rechte Gebrauch macht, die ihm zu leistende Entschädigung um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs.

E. I 138 Abs. 1, E. II 237, RV. 276. — Mot. S. 46—7, Prot. S. 317/9, 683/5.

Literatur: Kisch, Unmöglichkeit S. 198ff., Titze, Unmöglichkeit S. 114ff., Burkhardt (s. § 249 Nr. 2b) S. 47—48.

1. Das in § 281 aufgestellte **Surrogationsprinzip** ist im bisherigen Recht fast überall anerkannt; s. für das GR. ll. 1 § 47, 2 D. 16, 3, l. 35 § 4 D. 18, 1; Windscheid II § 264 No. 6; ferner ähnlich Code civil Art. 1302/3; SächsGB. § 960. Entw. 2 hatte es nur für den Fall unverschuldeter Unmöglichkeit der alten Leistung aufgenommen, nach dem Satze: „Cuius est periculum, eius et commodum“; das BGB. aber erweitert es auf alle Fälle der Unmöglichkeit.

2. Die Bestimmung bezieht sich auf den infolge des schädigenden Umstandes erlangten **„Ersatz oder Ersatzanspruch“**; ersteren muß Schuldner herausgeben, letzteren dem Berechtigten abtreten. Dahin gehören:

a) Schadensersatzansprüche gegen dritte Zerstörer der Schuldsache (einen eigenen Anspruch gegen sie gewinnt der bloß obligatorisch Berechtigte nach dem BGB. nicht, s. Bem. zu § 823).

b) Versicherungsansprüche und -gelder. Auch sie erlangt der Schuldner erst infolge des fraglichen Umstandes, wenn schon nicht gerade durch ihn; denn erst jetzt ist die Bedingung dieser Ansprüche erfüllt. Und auf alle Fälle sind sie Äquivalent, Ersatz des versicherten Gegenstandes. So auch Kisch S. 201.

c) Enteignungsgelder (Kisch S. 208, Planck Nr. 2).

d) Sehr streitig ist dagegen, ob auch ein rechtsgeschäftliches Entgelt für den vereinbarten Schuldgegenstand herauszugeben sei (Kaufgelder und Ansprüche darauf, eingetauschte Stücke usw.). Dafür außer Aufl. 1 auch Dernburg II § 62, IV, Enneccerus § 192, II, Kipp zu Windscheid S. 86, Schollmeyer Nr. 2b, 5e, Titze S. 117 (anders jetzt KrVJSchr. 04 380); dagegen besonders Kisch S. 199ff. und bei Grünhut 28 259, Goldmann-Lilienthal S. 337, Planck Nr. 2 Abs. 2, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 2.

Die verneinde Ansicht verdient den Vorzug. Für sie spricht außer der Analogie des Römischen Rechts, das die sog. commoda ex negotiatione nicht herausgegeben werden ließ, die Erwägung, daß der Erlös nicht eigentlich „Ersatz“ ist, sich in seiner Höhe keineswegs durch den Wert des verkauften Gegenstandes notwendig bestimmt; sowie besonders, daß es hier an der Identität des die Leistung unmöglich machenden und des den Ersatzanspruch begründenden Umstandes fehlt. Nicht der Verkauf, sondern höchstens die Übergabe an den Käufer macht dem Verkäufer die Leistung an den früheren Gläubiger unmöglich. In Wahrheit aber auch sie nicht, da ja noch immer die Möglichkeit eines Rückerwerbes bleibt. Nach der gegnerischen Ansicht müßte der Schuldner, wenn man sie streng durchführt, auch trotz späteren Rückerwerbes den einmal erlangten Preis herausgeben — ein widersinniges Ergebnis!

Somit erhält der Gläubiger bei Verfügung des Schuldners über die Sache nicht den Anspruch aus § 281, wohl aber gegebenenfalls einen Schadensersatzanspruch, wenn der Rückerwerb dem Schuldner unmöglich ist, möglicherweise auch einen Anspruch auf den Erlös aus § 687 Abs. 2.

e) Zweifelhaft sind ferner die Fälle, wo der Gläubiger nur Ansprüche auf Gebrauch oder Nutzungen einer Sache hat (als Mieter, Pächter) und diese von einem dritten zerstört wird. Dann braucht der Schuldner dem Gläubiger natürlich nicht den gesamten Ersatz herauszugeben, wohl aber nach der Ansicht einiger Autoren

(Kipp S. 83, Schollmeyer 2c, d) den Teil davon, der den Nutzungen oder dem Gebrauch während der Vertragsdauer entspricht. Anders Kisch S. 205ff. und Planck Nr. 2 Abs. 3, der aber hier durch eine entsprechende Anwendung des § 281 helfen will. Aber dafür scheint wenigstens in den regelmäßigen Fällen einer entgeltlichen Gebrauchsüberlassung um deswillen kein sonderliches Bedürfnis zu bestehen, weil der Mieter hier dem Vermieter gegenüber von seiner Verpflichtung frei wird. Von einer direkten Anwendung des § 281 vollends ist in solchen Fällen keine Rede, da der Vermieter dem Mieter nicht die Mietsache selbst, sondern nur deren Gebrauchsüberlassung schuldete, während er den Ersatz für die Mietsache selbst empfing.

Aus demselben Grunde braucht auch der Dienstpflichtige dem Berechtigten nicht herauszugeben, was er für die Schmälerung seiner Arbeitskraft vom dritten Schädiger zu beanspruchen hat. (So auch Kisch S. 207 und bei Grünhut **29** 318, 535 gegen Schollmeyer Nr. 2d und Kleineidam S. 117.)

Daß der Mieter ferner auch keinen dem Werte seines Gebrauchsrechtes entsprechenden Teil des Erlöses der Mietsache vom Vermieter nach § 281 beanspruchen kann, folgt neben dem eben Gesagten auch bereits aus dem zu d) entwickelten Gesichtspunkt.

3. Die Vorschrift findet Anwendung nur bei Ereignissen, die erst **nach Begründung** des Schuldverhältnisses eingetreten sind (mag dasselbe auch noch bedingt oder befristet sein). Das war in E. I ausdrücklich vorgesehen, ist später nur als selbstverständlich gestrichen und ergibt sich deutlich aus der Stellung des § wie dem Wortlaut: „erlangt der Schuldner". So auch die meisten, wie Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 1, Planck Nr. 7, Schollmeyer Nr. 2b; anders nur Cosack § 100 Nr. 5.

4. Der Gläubiger **kann** das Surrogat verlangen, **braucht** es aber **nicht**; er kann vielmehr statt dessen gemäß Abs. 2 den vollen Ersatz beanspruchen, kann auch den gegenseitigen Vertrag wegen Unmöglichkeit der Gegenleistung als aufgehoben behandeln, s. § 323, Abs. 2.

Eine Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht (so z. B. Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 156) dürfte darin nicht liegen, auch wohl nicht ein Fall der facultas alternativa, wie Titze S. 142 will, dagegen Kisch S. 215, Bespr. S. 529ff.: Die Wahl des Surrogates durch den Gläubiger bewirkt gar nicht notwendig völlige Befreiung des Schuldners, da dieser nach Abs. 2 noch auf den größeren Schadensbetrag haftet. Ferner widerspricht es Wortlaut und Sinn des Abs. 1, den zugleich ersatzberechtigten Gläubiger das Recht auf das Surrogat erst durch eine besondere Wahl gewinnen zu lassen.

S. über das Verhältnis der beiden Ansprüche auch sehr ausführlich Schollmeyer Nr. 5, Planck Nr. 5.

M. E. handelt es sich dabei einfach um zwei Ansprüche nebeneinander, die im Verhältnis der sog. elektiven Konkurrenz stehen, sodaß nach Durchführung des einen das etwaige Mehr des andern noch nachgefordert werden kann.

5. Der Gläubiger kann aber **nicht kumulativ** das Surrogat neben dem Ersatz beanspruchen, muß sich vielmehr den „Wert" des ersteren auf den letzteren anrechnen lassen, Abs. 2. Gemeint ist damit der Wert des Anspruches, also nicht notwendig der Nennbetrag, sondern der wirkliche, wegen mangelnder Eintreibbarkeit vielleicht viel geringere, ökonomische Wert. Er ist dem Gläubiger also nur „zahlungshalber", nicht „an zahlungsstatt" abzutreten, s. Prot. S. 318/9. Erst der Erfolg zeigt, wie weit der Schuldner dadurch befreit werden kann, wobei jedoch auf spätere Änderungen nach der Zeit der Abtretung nicht zu sehen ist.

§ 282.

Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner.

E. I 239, E. II 238, RV. 285. — Mot. S. 47—9, Prot. S. 317.

1. **Bisheriges Recht:** Die Beweisbestimmung des § 282 entspricht dem GR., wenigstens nach der herrschenden Lehre (s. RG. X Nr. 45 S. 168), ferner dem SächsGB. § 731, wogegen das Landrecht dem Gläubiger beim Anspruch auf

entgangenen Gewinn den Beweis auflegt, Mot. S. 48 Nr. 2 und die dort mitgeteilten Erkenntnisse.

Wie erklärt sich der Satz? Nach Enneccerus S. 481 (s. auch sein Rechtsgeschäft S. 593ff.) nur daraus, daß die Schuld trotz Unmöglichkeit der Leistung auf den alten Schuldbetrag gerichtet bleibe und die Interesseleistung nur ein Surrogat der Erfüllung sei. Nach Kisch S. 106 ist er eine Abweichung von den allgemeinen Regeln. Beides scheint unbefriedigend. Das Gesetz faßt vielmehr — s. den Wortlaut des § 275, der nicht die Haftung, sondern die Befreiung als das Besondere ansieht — die nachfolgende Unmöglichkeit als solche nicht als einen Befreiungsgrund, sondern nur als einen Änderungsgrund für den Schuldinhalt auf; damit sie befreiend wirke, muß der besondere rechtshindernde Umstand der Unvertretbarkeit hinzukommen.

2. Der Satz **gilt allgemein**, also auch da, wo nur Vorsatz vom Schuldner zu vertreten ist, bezw. der Anspruch wegen eines solchen schärfer sein würde. Die gegenteilige Annahme von Endemann § 112 a. E. hat keinen Anhalt im Gesetz und wurde auch schon bisher meist verworfen, s. z. B. Windscheid § 265 No. 17. Wie Endemann freilich Crome S. 121, Dernburg § 70 Nr. 1 a. E., weil Vorsatz nicht zu vermuten sei. Aber gegenüber dem nicht unterscheidenden Wortlaut des Gesetzes muß solche allgemeine Sentenz zurückstehen. Wie hier Schollmeyer.

Unbewiesen ist auch der Satz von Beckh Beweislast S. 231, wonach § 282 gegenüber einem in Annahmeverzug befindlichen Gläubiger nicht anwendbar sei. Nur das Maß der zu beobachtenden Sorgfalt, nicht die Beweislast wegen der beobachteten ändert sich nach § 300.

Auch dann ist unsere Regel anwendbar, wenn beim gegenteiligen Vertrag der eine Teil wegen einer vom Gegner angeblich verschuldeten Unmöglichkeit ein Rücktritts- oder Schadensersatzrecht geltend macht.

Dagegen gilt sie nicht, wenn der Gläubiger nicht sowohl das Leistungsinteresse, sondern Ersatz eines durch die Vertragsverletzung entstandenen sonstigen Schadens begehrt, RG. ZS. I vom 7. III. 1882 bei Gruchot **27** 147, Brunswig ZHR. **56** 100.

3. **Was zum Beweise gehöre**, ist Sache der freien richterlichen Beurteilung; allgemeine Regeln lassen sich darüber nicht geben.

4. Ist die **Unmöglichkeit selbst streitig**, so hat die Beweislast:

a) der Gläubiger, wenn er darauf seinen Ersatzanspruch stützt, s. Bem. zu § 280 Nr. 3;

b) der Schuldner, wenn er sich darauf einredeweise gegen den Leistungsanspruch beruft. S. auch Planck Nr. 1.

5. Es entspricht Treu und Glauben, daß der Schuldner dem Gläubiger von der eingetretenen oder zu befürchtenden Unmöglichkeit rechtzeitig Anzeige mache, so OLG. Hamburg Rspr. III S. 8.

§ 283.

Ist der Schuldner rechtskräftig verurteilt, so kann der Gläubiger ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, soweit nicht die Leistung rechtzeitig bewirkt wird; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Die Verpflichtung zum Schadensersatze tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat.

Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist nur teilweise nicht bewirkt, so steht dem Gläubiger auch das im § 280 Abs. 2 bestimmte Recht zu.

E. I 243, E. II 239, RV. 277. — Mot. S. 53—5, Prot. 321—3.

1. **Bedeutung**: Ohne die Bestimmung des § 283 müßte der Gläubiger, der vom Schuldner Ersatz fordert, zunächst die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung beweisen;

er müßte aus dem erwirkten Urteil erst Vollstreckung suchen. Dessen überhebt ihn der §, der insoweit eine Ergänzung des § 893 ZPO. darstellt.

2. **Der Ersatzanspruch aus § 283 setzt voraus:**

a) eine rechtskräftige **Verurteilung** des Schuldners (gemäß §§ 705/6 ZPO.).

b) **Die Setzung und den Ablauf einer angemessenen Frist** mit dem entsprechenden Präjudiz. S. über den Begriff „angemessene Frist“ die Bem. zu § 250; über den Lauf derselben §§ 187 ff. Die Fristsetzung geschieht durch empfangsbedürftige einseitige Erklärung gemäß §§ 130 ff.; sie kann auch im Urteil selbst vollzogen werden, ZPO. § 255. Vorgängiges Betreiben der Zwangsvollstreckung ist unnötig.

Fraglich erscheint, ob umgekehrt der fristsetzende Gläubiger in der Zwischenzeit die ursprüngliche Leistung schlechthin — also auch trotz etwaigem Wegfall des Interesses — anzunehmen gehalten sei? Dafür Romeick, Fristbestimmung S. 81 und Planck Nr. 1 Abs. 2, gegen Schollmeyer: das Gegenteil bedeutete eine Ermächtigung des Gläubigers, auf Kosten des Schuldners zu spekulieren, einen groben Verstoß gegen Treu und Glauben. Die gegnerische Meinung ergibt sich auch nicht aus § 286 Abs. 2, da dieser natürlich nur unvorgreiflich einer aus besonderem Gesichtspunkt sich ergebenden Abweichung Geltung beansprucht; sie widerspricht andererseits dem Abs. 1 S. 2 unseres §, der dem Gläubiger erst nach dem Fristablauf den Ersatzanspruch gewährt. Dasselbe tut noch deutlicher für den Fall teilweiser Verspätung Abs. 2, der insoweit den § 280 Abs. 2 einschränkt.

Der Gläubiger muß sich daher vor der Fristsetzung aus § 283 überlegen, ob die Leistung auch noch während der ganzen Frist Interesse für ihn haben werde; wenn nicht, wird er, Verzug des Gegners vorausgesetzt, auch ohne Fristsetzung nach § 286 sofort zurücktreten können.

Übereinstimmend auch Eccius bei Gruchot 47 152.

Wird die Frist im Urteil gesetzt, so ist dieses insoweit konstitutiv, indem es die noch nicht vorhandene Fristbestimmung hervorruft, Hellwig, Lehrbuch S. 377.

3. **Mit dem Ablauf der Frist** tritt fingierte Unmöglichkeit der Erfüllung ein mit Wirkung für beide Teile, s. Bemerkung zu § 250, anders Romeick S. 24 ff.; dafür entsteht jetzt ein Schadensersatzanspruch, und zwar in Geld, da ja der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist, wie nach § 250.

Anders nur — auch hier natürlich Beweislast des Schuldners! — wenn die Leistung entweder rechtzeitig bewirkt ist oder aber infolge eines nach dem bisherigen von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich wird (nicht etwa schon zur Zeit des Urteils unmöglich ist, denn durch das Urteil ist die Berufung auf frühere Erlöschungsgründe ausgeschlossen, ZPO. § 767).

Anders als hier Eccius aaO.: er nimmt schon für die Zwischenzeit einen Ersatzanspruch an, den der Gläubiger klageweise geltend machen könne. Nur habe der Schuldner bis zum Fristablauf die facultas alternativa, den Gläubiger durch reale Leistung zu befriedigen. Aber diese sehr künstliche Konstruktion wird weder durch den Wortlaut noch den Sinn des § 283 erfordert. Wie ist damit der hier anerkannte, erst durch Fristablauf ausgeschlossene „Anspruch auf Erfüllung“ vereinbar?

Vorbemerkung zu §§ 284/290.

Literatur: Fr. Mommsen, Die Lehre von der Mora, 1855; F. Kniep, Die Mora des Schuldners, 2 Bde., 1871 ff. — Zum neuen Recht: Paech, Leistungsverzug, 1902; de Claparède, Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzug, I, 1903.

1. **Der Verzug** (mora) ist möglich sowohl auf Seite des Schuldners (Leistungsverzug, mora solvendi) wie auf der des Gläubigers (Annahmeverzug, mora accipiendi). Zwischen beiden ist ein gewisser Parallelismus unverkennbar, den man aber früher oft übertrieben und zu falschen Folgerungen verwendet hat. Das BGB. hat dagegen beide mit Recht geschieden; es behandelt den Verzug des Schuldners unter der „Verpflichtung zur Leistung“, gegen die jener damit verstößt; den des Gläubigers dagegen in einem besonderen Titel. In der Tat beruht er nicht auf dem Gesichtspunkt der Pflichtverletzung, sondern dem der Nichtgeltendmachung eines Rechtes.

2. **Vom Leistungsverzug** handeln die §§ 284/90; die ersten beiden erörtern die Voraussetzungen, die andern fünf die Wirkungen des Verzuges. Alles dies in wesentlicher Anlehnung an das bisherige Gemeine Recht, dessen Literatur daher auch hier von großem Wert bleibt.

3. **Verzug und Unmöglichkeit:** S. dazu Titze, Unmöglichkeit der Leistung S. 41 ff., Lehmann, ArchZivPrax. 96 70 ff. und dort Zitierte, sowie die Bem. oben vor § 275 Nr. 4—5, sowie unten zu § 320. Der Verzug setzt grundsätzlich eine noch objektiv mögliche Leistung voraus; bloßes Unvermögen hindert seinen Eintritt dann nicht, wenn der Schuldner dasselbe zu vertreten hatte, sei es wegen Verschuldens, sei es auch ohnedies im Fall der Gattungsschuld, § 279 und zugleich nach dem zu § 275 Nr. 4 Gesagten noch auf Erfüllung in Anspruch genommen werden kann.

4. **Folgen des Verzuges.** Die allgemeinen, typischen Folgen sind in §§ 286 ff. verzeichnet, daneben kommen aber auch noch für besondere, teilweise äußerst wichtige Fälle weitere Folgen in Betracht; so besonders beim gegenseitigen Vertrag die Rechte des § 326; ferner verfällt die etwa vereinbarte Vertragsstrafe, § 339. S. die genaue Übersicht der Verzugsfolgen bei Weyl, Verschuldensbegriff S. 77—8.

5. Über die **Beendigung** des Verzuges enthält das Gesetz nichts besonderes; E. I § 253 ist als entbehrlich gestrichen. Sie tritt nach allgemeinen Grundsätzen ein:

a) durch Leistung.

b) durch korrektes Angebot der Schuld in dem durch den Verzug einmal entstandenen erweiterten Zustand. Wird die Leistung nur im ursprünglichen Umfang angeboten und vom Gläubiger vorbehaltlos angenommen, so liegt darin noch keineswegs ohne weiteres ein Verzicht auf die durch den Verzug bereits erworbenen weiteren Rechte auf Zinsen und dergleichen. So schon früher das RG., s. ZS. II vom 28. XI. 1879, Seuffert Bd. 35 Nr. 313 S. 458, ZS. VI vom 22. XII. 1890, JW. 91 97 und vom 6. II. 1893, das. 93 206. Für das geltende Recht ergibt sich das schon daraus, daß es nur gewisse Verzugsfolgen durch vorbehaltlose Annahme beseitigt werden läßt, z. B. das Recht auf die Vertragsstrafe nach § 341 Abs. 3.

c) durch Einwilligung des Gläubigers in ferneres Stehenbleiben der Schuld („purgatio morae").

§ 284.

Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritte der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung steht die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren gleich.

Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet. Das Gleiche gilt, wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt.

E. I 245, E. II 240, RV. 278. — Mot. S. 56—9, Prot. S. 324.

Der Eintritt des Verzuges setzt voraus:

1. **Fälligkeit** der Forderung. Über den Begriff s. § 271 und Bem. 3 dazu. Bei natürlichen Verbindlichkeiten ist eine Fälligkeit und somit ein Verzug ausgeschlossen, Paech S. 29. Ebenso bei solchen Ansprüchen, denen eine Einrede entgegensteht, s. I. 54 D II 14; Schollmeyer Nr. 1, Siber, Rechtszwang S. 142 und dort Zitierte. Nur soll nach einigen Autoren eine bloß aufschiebende Einrede die Fälligkeit nicht unter allen Umständen hinausschieben, so Paech S. 31, de Claparède S. 41, während die herrschende Meinung zwischen den Arten der Einreden nicht sondert. Allerdings erscheint die erstere Ansicht an sich richtig, s. unten Nr. 2[b]. Aber man wird den Verzugseintritt wegen Bestehens irgend einer Einrede für ausgeschlossen erachten müssen. Denn jedenfalls bewirkt die Einrede, daß dem Schuldner

das Unterlassen der Leistung nicht mehr als ein von ihm zu vertretender Umstand angerechnet werden darf, und das schließt nach § 285 den Verzug aus.

2. **Mahnung**: Hinzukommen muß außer dem Eintritt der Fälligkeit im allgemeinen — Ausnahmen enthält Abs. 2 — noch eine Mahnung. Darüber ist folgendes zu bemerken:

a) **Wesen der Mahnung.** Ob sie ein Rechtsgeschäft sei (so Aufl. 1 und jetzt de Claparède S. 86 ff.), ist sehr zweifelhaft, dagegen Breit, Geschäftsfähigkeit S. 141—2; Eltzbacher, Rechtswirksames Verhalten I S. 192, beide mit Literaturangaben, Kipp, Festschrift für Koch S. 120, Paech S. 47 ff., zweifelnd Planck Nr. 4b. Denn die Mahnung schafft keine neuen Rechtsverhältnisse, ist vielmehr nur Ausübungshandlung eines bereits vorhandenen Rechts (Äußerung des Willens, daß der Schuldner leisten solle). Wenn sie verstärkte Wirkungen hervorzurufen scheint, so liegt deren Grund nicht im Parteiwillen, sondern in der von seinem Vorhandensein durchaus absehenden Gesetzesvorschrift. Außerdem treten sie nicht immer ein (s. § 285), und wo sie eintreten, sind sie schließlich streng genommen überhaupt nicht einmal Wirkungen der Mahnung, sondern des ihr ungeachtet fortdauernden schuldnerischen Verhaltens. Immerhin ist die Mahnung eine juristisch bedeutsame Handlung, auf die man die Regeln der Willenserklärungen mindestens entsprechend anwenden darf. Insbesondere ist sie ihrem Zwecke nach als empfangsbedürftig im Sinne der §§ 130 ff. anzusehen. Mit der Fälligkeit hat sie nichts zu tun, steht vielmehr als selbständige Verzugsvoraussetzung neben ihr; die Ansicht, daß dem Schuldner bis zur Mahnung ein Zurückbehaltungsrecht zustehe, ist ganz verfehlt.

b) **Personen:**

α) Die Mahnung muß ausgehen vom Gläubiger oder einem dazu ermächtigten Vertreter, also nicht einem auftraglosen Geschäftsführer (anders zu Unrecht wegen der Genehmigungsmöglichkeit de Claparède S. 133 ff. Aber wie kann man dem Schuldner zumuten, wegen dieser abstrakten Möglichkeit auf die Mahnung eines beliebigen Individuums irgendwie Acht zu geben! Ist der Gläubiger geschäftsunfähig, so ist die Mahnung natürlich, wie jede Rechtshandlung, nichtig. Dagegen schadet eine bloße Geschäftsbeschränkung der Wirksamkeit nichts, da die Mahnung dem Gläubiger ausschließlich rechtlichen Vorteil bringt, so richtig Kipp zu Windscheid S. 131, Planck Nr. 4b, anders Endemann § 137 Anm. 5, Breit S. 198 (mit weiteren Angaben), der sich zu Unrecht auf § 111 beruft (hier wird nur von einem ohne die erforderliche Zustimmung geschlossenen Geschäft gehandelt!).

β) Sie muß gerichtet sein an den **Schuldner** oder seinen legitimierten Vertreter; wenn jener geschäftsbeschränkt, so ist nur der gesetzliche (oder von ihm bevollmächtigte) Vertreter als wirksamer Empfänger anzusehen, s. näheres bei de Claparède S. 137 ff.

c) **Form:** An eine bestimmte Form ist die Mahnung nicht gebunden. Sie kann insbesondere auch stillschweigend, durch konkludente Handlungen, geschehen, nach Maßgabe der allgemeinen Regeln. Übersendung einer Rechnung ist für sich allein noch keine Mahnung (so ausdrücklich altes HGB. Art. 288 Abs. 2), sie kann aber im Einzelfall als solche erachtet werden, wenn besondere Umstände dafür sprechen.

d) **Inhalt.** Die Mahnung muß gerichtet sein auf die Schuld. Eine auf etwas ganz anderes gerichtete ist ungültig; doch wird man es genügen lassen, wenn der von der (durch vertretbare Umstände herbeigeführten) Unmöglichkeit der Leistung in Unkenntnis gebliebene Gläubiger den Schuldner auf diese statt auf die an ihre Stelle getretene Ersatz- oder Surrogatleistung mahnt; schwiege in solchem Fall der Schuldner und bemängelte nachher die Mahnung als unkorrekt, so enthielte das einen schweren Verstoß gegen Treu und Glauben!

Die Wirksamkeit einer auf einen zu hohen Betrag gerichteten Mahnung ist bestritten, s. aus der älteren Rechtsprechung Entsch. d. ROHG., **9** 271 ff., **16** 200 ff., **18** 276 ff., bei Seuffert, Bd. 32, Nr. 309, S. 399 ff., RG. Bd. 9, Nr. 31, S. 141. Eine unbedeutende Zuvielforderung wird wenigstens dann nicht schaden, wenn sie auf vermutlichem Irrtum des Gläubigers beruht, oder wenn dieser nach Lage der Sache sich wenigstens zunächst auch mit dem minderen, wirklichen Schuldquantum begnügt haben würde, endlich auch dann nicht, wenn der Schuldner nach Lage der Sache auch auf eine korrekte Mahnung nicht eingegangen sein würde.

So auch jetzt im wesentlichen die durchaus herrschende Lehre, z. B. de Claparède S. 112 ff., Crome S. 136 Anm. 14, Dernburg § 71, II, 2, Enneccerus S. 487, Paech S. 63—5 (der aber mit Unrecht den Fall gleichstellt, daß der Gläubiger auf Gegenrechte des Schuldners keine Rücksicht nimmt, s. dazu oben Nr. 1), Rehbein S. 120, Staub (Exkurs zu HGB. § 374 Anm. 12), nunmehr auch die früheren

Gegner Endemann S. 778 Anm. 8 (Aufl. 8) und Planck Nr. 4c (Aufl. 3). Ebenso RG. JS. II vom 8. I. 1904 bei Seuffert Bd. 59 Nr. 219 S. 391 (unter Anschluß an Rehbein) und OLG. Stuttgart vom 9. III. 1903, Recht 1903 S. 209. Anders wohl nur noch Kipp zu Windscheid S. 129.

Wirkt umgekehrt die auf einen minderen Betrag gerichtete Mahnung zugleich für den höheren? Ja, wenn der Gläubiger erweislich im Irrtum über die Höhe des Anspruchs handelte, nein, wenn er den Schuldner zunächst nur zu einer geringeren Leistung anhalten wollte. So auch Paech S. 62, s. ferner die Unterscheidungen bei de Claparède S. 115.

e) **Ort:** Die Mahnung hat zu erfolgen zwar nicht notwendig am Leistungsorte (s. Windscheid II, § 279), aber keinenfalls an einem für den Schuldner unangemessenen Ort, z. B. im Ballsaal, überhaupt außerhalb der Geschäftssphäre; anders zu Unrecht Paech S. 72 ff., wie hier grundsätzlich de Claparède S. 103, der aber in der Annahme eines locus opportunus sehr weit geht und jeden „nach seiner Beschaffenheit zu einer eindringlichen Aufforderung geeigneten Ort" dahin rechnet, Kniep I, S. 520 ff.; vermittelnd Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 2d; ferner so, daß die Leistung nur für den Leistungsort verlangt wird — dies unter Berücksichtigung des zu d) Gesagten.

f) **Zeit:** Die Mahnung muß, um zu wirken, nach Eintritt der Fälligkeit erfolgen. So der unzweideutige Text des Abs. 1 S. 1. Indes kann man zweifellos mit einem Akt (z. B. Kündigung), der die Fälligkeit herbeiführt, die Mahnung von vornherein verbinden.

g) **Bedingte und befristete Meinung:** Ob die Mahnung **bedingt** geschehen könne, ist zweifelhaft. Ich glaube, daß dem bei Vorhandensein der sonstigen Erfordernisse nichts entgegensteht: z. B. ich mahne den X. zur Zahlung für den Fall, daß er eine erwartete Geldsumme von dritter Hand erhalten werde. Freilich wird eine an ganz fernliegende und unwahrscheinliche Bedingungen geknüpfte Mahnung kaum als ernstlich gemeint gelten können, und überhaupt kann eine bedingte Mahnung nur wirken, wenn sie dem Schuldner die Gewißheit schafft bezw. beläßt, wann und wo er leisten muß.

Die herrschende Lehre verwirft freilich unterschiedslos jede bedingte Mahnung, so schon die Mot. S. 58, ferner Planck Nr. 4g, Endemann, Kipp zu Windscheid S. 129, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 2bß, Matthiaß S. 360, Paech S. 59. Wesentlich wie hier dagegen de Claparède S. 120 ff., Goldmann-Lilienthal S. 342, Schollmeyer Nr. 2, Rehbein Nr. 108 zu §§ 241 ff.

Erst recht wird man eine befristete Mahnung grundsätzlich als wirksam erachten müssen, so auch Planck N. 4, anders Kipp aaO. S. 129—130. Das mögliche Bedenken, daß der Gläubiger dadurch die Leistung auf eine unangemessen weite, die Vergeßlichkeit des Schuldners provozierende Zeit hinausschieben könnte, wird dadurch beseitigt, daß der Schuldner dem durch sofortige oder doch frühere Erfüllung seiner ja notwendig schon fälligen (s. oben f) Schuld jederzeit entgehen kann.

h) Ist die Mahnung **rücknehmbar?** Dafür, wohl mit Recht, Kipp, Festschrift für Koch S. 120,1. Aber die Rücknahme wirkt nur ex nunc, vernichtet nicht die bereits eingetretenen Folgen.

i) muß bei **zweiseitigen** Verträgen die Mahnung auf Leistung Zug um Zug geschehen? Schwerlich, nur kann der Schuldner auf solche Mahnung hin die Gegenleistung Zug um Zug verlangen und event. die Leistung solange verweigern, bis jene gleichzeitig angeboten wird. Ähnlich wenn der Schuldner nur gegen Sicherheitsleistung zu erfüllen hat, z. B. nach § 258, sowie beim Zurückbehaltungsrecht, § 273.

Würden derartige Einreden schon die Fälligkeit der Schuld ausschließen, so wäre dabei noch gar keine Mahnung möglich. Aber das ist nach der richtigen Ansicht (s. oben Nr. 1) nicht der Fall, schon deshalb nicht, weil sie ja die Verurteilung, somit das Leistenmüssen, des Schuldners gar nicht ausschließen, s. §§ 279, 322. So auch Planck Nr. 4d.

3. **Die Mahnung ist kein unumgängliches Erfordernis:**

a) zunächst stehen ihr gleich **die Erhebung der Leistungsklage** und die Zustellung eines Zahlungsbefehls, Abs. 1 S. 2 (s. ZPO. §§ 253, 281, 693); die Feststellungsklage hat nicht diese Wirkung, wohl aber die Widerklage.

b) daß bei Verpflichtungen zum **Unterlassen** es keiner besonderen Mahnung bedarf, liegt auf der Hand (s. dazu Treitel, Unmöglichkeit und Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten, S. 64—5). Denn hier bewirkt das Zuwiderhandeln als solches in der Regel schon eine Unmöglichkeit der Leistung, und insoweit kann es nicht zum Verzuge kommen, der deren Nachholbarkeit voraussetzt. Ausnahmslos trifft das freilich

nicht zu, s. Stammler, S. 145 Anm. 3, so nicht bei den meisten Dauerunterlassungen. Hier scheint für eine Mahnung wenigstens mit Wirkung für den noch ausstehenden Teil der Unterlassungszeit Raum.

c) nach Abs. 2 bedarf es der Mahnung überhaupt nicht bei kalendermäßig **bestimmter Leistungszeit.** Also „dies interpellat pro homine", wie nach Gemeinem, Preußischem und Sächsischem Recht, gegenüber dem Französischen. Ob die Bestimmung durch Vertrag, Gesetz, Richterspruch usw. gesetzt ist, macht keinen Unterschied. Auch der Gläubiger kann wohl nach Fälligkeit die Zeit der Leistung einseitig auf einen späteren festen sachlich angemessenen Zeitpunkt fixieren, Planck Nr. 4 f, 6, was freilich dem Schuldner natürlich das Recht, früher zu leisten nicht nimmt (s. oben Nr. 2g). „Nach dem Kalender" aber ist die Leistung nicht nur bestimmt bei Festsetzung eines genauen Datums dafür: „es genügt, wenn nur die Leistungszeit nach dem Kalender im einzelnen Falle mindestens derart sich ergibt, daß für den Schuldner klar vorliegt, wann spätestens geleistet werden muß", Mot. S. 57. Gleichgestellt wird durch Abs. 2 S. 2 ein weiterer wichtiger, ähnlicher Fall.

Anders liegt die Sache z. B. bei Hinzufügung eines dies certus an incertus quando; anders auch, wenn die Zeitbestimmung nur bedeuten soll, der Gläubiger dürfe nicht eher fordern, was freilich nicht zu unterstellen ist.

Natürlich muß aber auch in den Fällen des Abs. 2 der Gläubiger das ihm etwa zur Entgegennahme der Leistung notwendige tun: bei Holschulden beim Schuldner erscheinen; beim sog. „Spezifikationskaufe" die nötige Bestimmung der Formen und Maße vornehmen. — Ferner kann im Nichteinfordern der fälligen Leistung ein stillschweigender Verzicht auf die Folgen des Verzuges gesehen werden. Dies zur Beschwichtigung der Bedenken Petrazyckis Einkommen II, S. 532 ff.

d) bei **Delikts- und ähnlichen** auf dolus des Schuldners beruhenden **Schulden** entstand gleichfalls gemeinrechtlich eine sog. mora ex re ohne Mahnung. Das ist dem BGB. fremd; jedoch ist die wichtigste Verzugswirkung — Haftung für Zufall — gemäß § 848 für die Schuldner aus gewissen unerlaubten Handlungen ohne weiteres angeordnet, s. Bem. dazu.

e) einer Sondervorschrift über die Entbehrlichkeit der Mahnung gegenüber dem **sich ihr Entziehenden** bedarf es nicht mehr angesichts des § 132.

f) War eine Erfüllungshandlung vorgenommen, aber nachher als unzulänglich erkannt, so soll es nach dem RG. Bd. 60 Nr. 28 S. 53 einer neuen förmlichen Mahnung nicht mehr notwendig bedürfen; es genüge vielmehr die Mitteilung des Erfüllungsmangels, um den Verzug herbeizuführen, genauer den bereits eingetretenen zu einem verschuldeten, vertretbaren zu machen. Dem ist im Ergebnis beizutreten.

4. Was den **Beweis** anlangt, so hat Gläubiger Fälligkeit der Schuld und Mahnung Schuldner demgegenüber die vollzogene Erfüllung zu beweisen.

§ 285.

Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.

E. I 246, E. II 241, RB. 279. — Mot. S. 60, Prot. S. 325–6.

1. Daß der Eintritt des Verzuges ein **Verschulden des Schuldners** zur Voraussetzung habe, entspricht der herrschenden Ansicht des Gemeinen Rechts, ferner dem Landrecht und SächsGB. § 738 (anders nur nach der herrschenden Auslegung der Code civil, s. aber Crome, Grundlehren § 15).

Dem folgt auch das BGB., nur mit den Modifikationen:

a) daß es an Stelle des „Verschuldens" allgemeiner **einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand** setzt. Insofern dieser nicht notwendig ein verschuldeter ist (s. z. B. § 279), ist es ungenau, wenn vielfach das Verschulden noch immer als Voraussetzung des Verzuges bezeichnet wird, s. dazu Weyl, Verschuldensbegriffe S. 499 ff. und die dort mitgeteilten Nachweise.

b) daß das Erfordernis nur als **negatives** gesetzt wird, d. h. nicht der Gläubiger sein Vorhandensein, sondern der Schuldner sein Nichtvorhandensein dartun muß.

In beiden Punkten ist übrigens der Verzug einfach in Parallele gesetzt mit der Haftung für die Unmöglichkeit der Leistung.

2. **Welche Umstände** der Schuldner zu vertreten hat, ergibt sich aus § 275 ff. Dahin gehört also namentlich bei Gattungsschulden das bloß subjektive Unvermögen

(s. auch Prot. S. 325); insbesondere etwaiger Geldmangel. Anders wieder bei Blokade, Ausfuhrverbot.

3. **Unkenntnis** des Schuldners über den Bestand der Schuld hindert den Verzug, so lange sie nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Jedenfalls wird der Schuldner nicht umhin können, auf eine nicht offenbar chikanöse Mahnung sich über den Bestand oder Nichtbestand der geltend gemachten Schuld ernstlich zu vergewissern. Dies schon nach § 242 (s. Mot. S. 60).

4. Wird nachträglich die Leistung möglich, so erlischt ohne weiteres der Hemmungsgrund für den Verzug; der Schuldner muß daher jetzt sofort leisten, ohne daß es neuer Mahnung bedürfte.

5. Daß das Bestehen einer die Verurteilung hintanhaltenden **Einrede**, wenn auch nicht die Fälligkeit, so doch den Verzug ausschließe, ist schon oben bemerkt, s. Nr. 1 zu § 284, s. auch (ausführlich) Siber, Rechtszwang S. 142ff. Eine andere Frage ist, ob nicht der Erbe den schon beim Erblasser eingetretenen Verzug mit seinen Wirkungen fortsetze, trotz der ihm zustehenden Einreden. Dafür Paech S. 103ff., wohl zutreffend.

§ 286.

Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen.

Hat die Leistung infolge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse, so kann dieser unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 finden entsprechende Anwendung.

E. I 247, E. II 242, RV. 280. — Mot. S. 61, Prot. S. 326.

Literatur: Paech S. 107ff.

1. Die erste, und besonders wichtige, Verzugswirkung ist der Anspruch auf **Ersatz des** durch die mora entstandenen **Schadens** (z. B. entzogene Nutzungen; Versäumnis günstiger Verkaufsgelegenheit; notwendige Deckung durch anderweit zu beschaffende Gegenstände). Über die Art des Ersatzes gelten die allgemeinen Regeln, s. §§ 249ff.

Insbesondere muß der Schuldner dem Gläubiger, der sich vergeblich zum Abholen bei ihm einfand, die geschuldete Sache auf seine, des Schuldners, Gefahr und Kosten übersenden. Aber dies nur aus dem Gesichtspunkt, daß der Gläubiger aus dem Verzuge keinen Schaden haben darf, nicht etwa aus einer als Folge des Verzuges zu folgernden Änderung des Erfüllungsortes (so richtig Staub, Exkurs zu HGB. § 372 Anm. 19, unbestimmt Dernburg § 73 II 1).

Hatte die Schuldsache in der Zwischenzeit zwischen dem Verzugseintritt und der wirklichen Lieferung einen höheren Wert (Preis), so kann der Gläubiger ihn nicht ohne weiteres nach § 286 ersetzt verlangen, sondern nur, wenn er mindestens wahrscheinlich macht, er habe seinerseits bei rechtzeitiger Lieferung gerade diesen Preis realisiert. Das ist z. B. im allgemeinen anzunehmen bei Wertpapieren, die nachweislich zu Spekulationszwecken angeschafft sind, besonders wenn der Gläubiger andere Stücke der gleichen Art zum Zwischenpreise veräußert hatte. Aber nicht bei einem zur bloßen Kapitalanlage angeschafften Papiere. Weiter geht Enneccerus S. 491.

2. Ein **Rücktrittsrecht** dagegen gewinnt der Gläubiger wegen des Verzuges des Schuldners im allgemeinen noch nicht; dies wie im Gemeinen, aber anders als im französischen (Art. 1142) und teilweise im Handelsrecht (Art. 353). Er erlangt aber gemäß Abs. 2, wenn die verspätete Leistung für ihn kein Interesse mehr hat, das Recht, statt der Erfüllung Schadensersatz zu verlangen. Ein Rücktritt liegt darin nicht, sondern der Gläubiger macht gerade den aus dem Vertrage begründeten Schadensersatzanspruch geltend; trotzdem finden aber die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht hier (wie im § 280 Abs. 2) entsprechende Anwendung. Daß die Voraussetzungen des Ersatzanspruches eingetreten sind, muß der Gläubiger natürlich beweisen.

3. **Besondere, weitergehende Wirkungen** treten ein:
a) bei gegenseitigen Verträgen, § 326;
b) kraft besonderer Abrede: Vertragsstrafe, § 339; vertragsmäßiger Rücktritt (lex commissoria, § 360; Fixgeschäft, § 361);
c) kraft gesetzlicher Sonderbestimmung, s. z. B. §§ 264, 354, 554, 633 Abs. 3, 775 Abs. 1 Nr. 3;
d) wenn der Verzug überhaupt Unmöglichkeit der Leistung bewirkt, s. Bem. 2 zu § 271.

§ 287.

Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Er ist auch für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde.

E. I 250—1, E. II 243, RV. 281. — Mot. S. 64—5, Prot. S. 327—8.

1. **Die Erweiterung der Haftung** des säumigen Schuldners entspricht dem bisherigen Recht und ist nur eine besondere Folgerung aus dem in § 286 ausgesprochenen Grundsatz. Sie bezieht sich auf Leistungen jeder Art und sowohl auf den Fall der Vernichtung wie den der bloßen Beschädigung.

2. **Wirkung.** a) Die Erweiterung besteht darin, daß Schuldner nunmehr ohne Rücksicht auf den früheren Haftungsmaßstab für jede Fahrlässigkeit und den sogen. gemischten Zufall haftet, wie nach der herrschenden Lehre des Gemeinen Rechts, dem Landrecht (I 7, § 241) und SächsGB. (§ 745).

Doch ist der Sinn des § 287 nicht überall zweifellos. Sicher ist, daß der Schuldner dann für zufällige Unmöglichkeit haftet, wenn diese im Sinne des adäquaten Zusammenhanges (s. oben Vorbem. 5 vor § 249) als durch den Verzug verursacht anzusehen ist. Aber dazu hätte es einer Sonderbestimmung neben § 286 Abs. 1 nicht bedurft, der den Schuldner bereits wegen der Folgen des Verzuges für ersatzpflichtig erklärt. Man wird vielmehr mit Rümelin (Kausalbegriffe S. 273, 285) die Besonderheit des § 287 darin finden, daß er im Sinne einer Ausnahmeregel den Verzugsschuldner auch für die inadäquaten Folgen des Verzuges verantwortlich sein läßt. Dafür spricht auch der Wortlaut des S. 2: er haftet nicht nur für die infolge des Verzuges, sondern für die während desselben durch Zufall eintretende Unmöglichkeit. Zweifelhaft kann nur sein, ob die Vorschrift eine solche Haftung allgemein, oder nur gerade in Bezug auf den Schuldgegenstand anordnet. Und diese Frage wird man mit Träger (Kausalbegriff S. 225, 262) wohl im letzteren Sinne zu beantworten haben. Der Wortlaut, der besonders von „Unmöglichkeit der Leistung" redet, führt nicht weiter, und eine gegenteilige Ansicht würde einen Widerspruch zu § 286 Abs. 1 bedeuten oder diesen als überholt überflüssig machen.

b) Der Schuldner haftet somit in dem festgestellten Umfang schlechthin; er kann sich aber befreien durch den am Schluß des Textes mitgeteilten Nachweis.

Aber wodurch wird dieser **Beweis** geführt? Keinenfalls genügt es, daß der Untergang auf innere Eigenschaften oder Zustände des Leistungsgegenstandes zurückgeführt wird — denn der Gläubiger hätte dann noch immer durch rechtzeitige Veräußerung oder sonstige Verwertung den Schaden abwälzen können. Um dieser Möglichkeit willen legt die herrschende Meinung dem Schuldner noch einen weiteren Beweis dahin auf, daß der Gläubiger die Sache behalten und damit die Zufallsgefahr auf sich sitzen gelassen hätte. So für das Gemeine Recht Windscheid II § 280 Anm. 14, für das geltende Recht Endemann § 138 Nr. 5 a. E., Fischer-Henle, Landé, Mayring bei Staudinger Nr 2b, Planck Nr. 2 Abs. 1, Paech aaO. S. 145—7, Schollmeyer Nr. 2b, Titze, Unmöglichkeit S. 113. Dagegen wollen Kuhlenbeck Nr. 2 und bei Staudinger Nr. 2b, sowie Meisner Nr. 2 nach dem Vorbild des Landrechts bis zum Beweise des Gegenteils unterstellen, der Gläubiger habe die Sache behalten und daher den Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung getragen. M. E. ist ein allgemeiner Beweissatz gegenüber dem § 287 ZPO. nicht nötig, auch angesichts der Verschiedenheit der Fälle kaum möglich. Wo es sich um einen für den Privatgebrauch des Schuldners dienenden und seiner Zweckbestimmung nach vermutlich noch nicht inzwischen konsumierten Gegenstand handelt,

wird dem Schuldner ein weiterer Beweis nicht auferlegt werden können; wohl aber da, wo das eine oder andere Moment nicht zutrifft. Ob es aber zutreffe, dafür wird allerdings der Schuldner, weil nach dem Text beweispflichtig, dem Richter nötigenfalls die tatsächlichen Unterlagen erbringen müssen.

3. Daß der Zufall, der die Sache auch beim Gläubiger getroffen haben würde, mit dem beim Schuldner eingetretenen **identisch** sei, wird nicht erfordert. Ist er identisch, so wird der Schuldner auch dann haftfrei, wenn der Zufall beim Gläubiger später als beim Schuldner eingetreten wäre, z. B. dieselbe Feuersbrunst hat seinen Stall mit dem Viehbestand nach dem des Schuldners vernichtet. Denn offenbar muß ein derartiges einheitliches Ereignis auch in seinen verschiedenen Wirkungen einheitlich betrachtet werden. So auch Träger S. 267, 270. Dagegen kann die Berufung des Schuldners auf einen **anderen** Umstand, der das bereits bei ihm untergegangene Objekt nunmehr auch beim Gläubiger betroffen haben würde, nicht geduldet werden: der einmal entstandene Anspruch wird durch derlei Eventualitäten nicht nachträglich beseitigt. Gilt das schon nach den allgemeinen Schadensersatzregeln (s. Vorbem. vor § 249 Nr. 3c, α, dd), so erst recht in unserem Falle, wo der Schuldner ihnen gegenüber nicht milder, sondern schärfer haften soll (s. die Beispiele bei Rümelin S. 285).

4. Der Verzug soll die Haftung nur **erweitern**, nicht ermäßigen; daher bleibt eine etwa schon bisher — etwa kraft Vertrages — vorhandene noch schärfere Haftung (auf vollen Zufall) auch weiterhin bestehen.

5. Aus §§ 286/7 ergibt sich, daß der Schuldner auch für die während des Verzuges eingetretene, zwar nicht physische, aber wirtschaftliche **Entwertung des Schuldobjektes** haftet: denn bei rechtzeitiger Leistung hätte der Gläubiger dieses zum höheren Wert realisieren können. Jedoch wird dem Schuldner, entsprechend dem zu 2. gesagten, der Beweis frei bleiben, daß der Gläubiger, etwa bei Anschaffungen zum eigenen Konsum, davon nach Lage der Sache vermutlich keinen Gebrauch gemacht haben würde (so auch für GR. Dernburg II § 41 Nr. 2; schwankend Mot. S. 65). Den etwaigen noch höheren Wert der Zwischenzeit kann der Gläubiger nur verlangen, wenn er ihn erweislich hätte realisieren können und daran nur durch die Zuspätlieferung gehindert worden ist, s. Bem. 1 a. E. zu § 286.

6. **Besonderheit bei der Abnahmepflicht:** Erfüllt der Käufer die ihm nach § 433 obliegende nicht, so kann das allein nicht den Gefahrübergang auf ihn begründen, RG. Bd. 57 Nr. 90 S. 406. Denn er schuldet nicht eine Sache, sondern die persönliche Leistung der Hinwegnahme. Und diese Pflicht ist durch den Untergang der Kaufsache nicht als solche unmöglich, sondern nur, weil die untergegangene Sache nicht mehr bereitgestellt werden kann, unausführbar geworden.

§ 288.

Eine Geldschuld ist während des Verzugs mit vier vom Hundert für das Jahr zu verzinsen. Kann der Gläubiger aus einem anderen Rechtsgrunde höhere Zinsen verlangen, so sind diese fortzuentrichten.

Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

E. I 248, E. II 244, RV. 282. — Mot. S. 62, Prot. S. 326—7; Reichst.-Komm.-Ber. S. 34.

1. Die Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung von **Verzugszinsen** entspricht gleichfalls dem überall geltenden Rechte. Sie werden, unter Ermäßigung des bisherigen und in den Entwürfen anerkannten Satzes von 5%, auf 4% herabgesetzt. Doch ist das nur das Mindestmaß, ein bisheriger höherer Satz bleibt bestehen, und im Handelsrecht beträgt der Satz 5% (HGB. § 352).

2. **Verhältnis zu sonstigen Ersatzansprüchen:** Die Verzugszinsen gebühren dem Gläubiger, wie nach GR., SächsGB. § 742 und der Tendenz des Handelsrechtes (Art. 283), aber entgegen dem Code und zum Teil dem Landrecht (I, 11, §§ 833/4) nicht anstatt des Schadensersatzes, sondern der erweislich höhere Schaden kann daneben noch erstattet verlangt werden, Abs. 2. Denn die Zinspflicht ist nur wegen der Beweisschwierigkeit im Interesse des Gläubigers ein für allemal anerkannt; sie wirkt insofern der Vertragsstrafe entsprechend, s. auch Petrazycki Einkommen II S. 160, 300.

Natürlich muß der Gläubiger den „weiteren Schaden" beweisen und sich die erlangten Zinsen darauf anrechnen lassen.

3. Der Anspruch greift Platz nur bei **Geldschulden**, bei diesen aber ausnahmslos: also auch bei einer Geldsortenschuld oder ausschließlichen Goldschuld. Anders aber wohl bei Ansprüchen auf speziell bestimmte Geldquanta (verschlossene Depots), denn das sind nach ihrer Eigenart keine Geldschulden im technischen Sinne, s. Bem. 1 zu § 244. So auch Kaufmann Nr. 2, Planck Nr. 3, Schollmeyer Nr. 3. Anders freilich Entw. I § 248 Abs. 3; der aber später — wenn auch nur als „entbehrlich", Prot. S. 327 — gestrichen wurde, ihm folgend meine Aufl. 1.

4. **Ausgeschlossen** ist der Anspruch auf Verzugszinsen bei Zinsansprüchen, § 289, und bei der Schenkung, § 522.

5. Sehr streitig ist die Frage der **rückwirkenden Kraft** der in § 288 enthaltenen Verzugszinsermäßigung auf die am 1. I. 1900 schwebenden Schuldverhältnisse, s. Bem. zu EG. Art. 170. Sie wird verneint u. a. von Hölder, DJZ. 00 101 ff. (mit weiteren Angaben) und Staub das. S. 126 ff., bejaht von Schönfeld, Recht 00 55 ff., Neukamp das. S. 78 ff., Stölzel das. S. 137 ff., Habicht, Niedner zu Art. 170 Nr. 3c und besonders vom RG., s. Entsch. Bd. 46 Nr. 21 S. 74, JS. VII vom 16. II. 1900 sowie die bei Seuffert 55 Nr. 198, I a. E. zitierten weiteren Entscheidungen, ebenso OLG. Dresden das. Nr. 198, II. Die Bejahung beruht sich auf den m. E. zutreffenden Gesichtspunkt, daß der Zinsanspruch sich in jedem Zeitteil des Verzuges für den fraglichen Zeitabschnitt neu erzeuge, nicht durch den Verzugseintritt als eine einmalige Tatsache bereits entstanden sei.

§ 289.

Von Zinsen sind Verzugszinsen nicht zu entrichten. Das Recht des Gläubigers auf Ersatz des durch den Verzug entstehenden Schadens bleibt unberührt.

E. I 249, E. II 245, RV. 283. — Mot. S. 62—4, Prot. S. 327.

1. Der Satz entspricht dem § 248 und dem bisherigen Verbote des Anatozismus. Er greift Platz bei Zinsenansprüchen jeder Art, vertragsmäßigen wie gesetzlichen, und bezieht sich insbesondere auch auf Ansprüche aus Zinsscheinen von Inhaberpapieren (§ 803), Fischer-Henle und Planck zu § 289.

2. Wegen S. 2 s. Bem. Nr. 2 zu § 288.

§ 290.

Ist der Schuldner zum Ersatze des Wertes eines Gegenstandes verpflichtet, der während des Verzugs untergegangen ist oder aus einem während des Verzugs eingetretenen Grunde nicht herausgegeben werden kann, so kann der Gläubiger Zinsen des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Wertes zu Grunde gelegt wird. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner zum Ersatze der Minderung des Wertes eines während des Verzugs verschlechterten Gegenstandes verpflichtet ist.

E. I 252, E. II 246, RV. 284. — Mot. S. 66, Reichst.-Komm.-Ber. S. 36—7.

1. **Prinzip**: (s. dazu auch Kipp bei Windscheid II S. 138/9): Der § 290 ist in seinem jetzigen Wortlaut von der Reichstagskommission beschlossen; er stellt im Grunde nur eine besondere Anwendung der Schadensersatzpflicht des säumigen Schuldners dar. Denn wenn der Gläubiger den Gegenstand, dessen Wert ihm zu erstatten ist, in dem der Schätzung zu Grunde zu legenden Zeitpunkt gehabt hätte, so hätte er von ihm bezw. dem daraus zu ziehenden Erlös die Zinsen zu gewinnen vermocht. Andererseits sollen aber die Zinsen auch nicht von einem früheren Zeitpunkt gefordert werden können. Bericht d. RTK. S. 37.

Welches der für die Wertbestimmung maßgebende Zeitpunkt sei, ergibt sich nicht aus § 230, sondern aus den vorigen §§, s. bes. Bem. 1 zu § 286, 5 zu § 287. Es kann sein, je nach Lage des Falles, der Zeitpunkt des Verzugsbeginnes, ein etwa maßgebender Zwischenzeitpunkt oder auch der Zeitpunkt des Urteils.

Ist der Wert der verschiedenen Zeitpunkte gleich (z. B. die Kurse eines geschuldeten Staatspapiers sind völlig stabil geblieben), so kann der Gläubiger den danach maßgebenden Wertsatz als solchen des einen oder anderen Zeitpunktes fordern. Dann bekommt er von da ab die Zinsen, aber andererseits auch nicht einen Ersatz der ihm entzogenen Nutzungen, die bei inländischen Staatspapieren z. B. fast ausnahmslos hinter dem nach §§ 288, 290 maßgebenden Zinssatz von 4 % zurückbleiben werden.

Um eigentliche Verzugszinsen handelt es sich in § 290 nicht, da der Schuldner wegen der zu verzinsenden Ersatzsumme keineswegs notwendig in Verzug gewesen zu sein braucht (Risch bei Grünhut **29** 534).

2. Die Bestimmung findet **Anwendung** bei Ansprüchen aller Art, mögen sie auf Rückgabe oder auf neue Leistung gehen. Für Ansprüche aus unerlaubten Handlungen ist eine besondere, aber inhaltlich gleiche Bestimmung in § 847 gegeben.

Dagegen setzt sie schlechthin Untergang während des Verzuges voraus; ist die Sache vorher untergegangen, so können Zinsen nur bei erweislichem Entgang gefordert werden.

3. Auch hier kann der Gläubiger daneben den etwa nachzuweisenden **höheren Schaden** ersetzt verlangen, wie bei den eigentlichen Verzugszinsen. Nicht aber kann er natürlich neben den Zinsen für die Zeit von deren Lauf die Nutzungen des alten Schuldobjektes, die der Schuldner gezogen hat oder hätte ziehen können, beanspruchen. Denn § 290 beruht gerade auf dem Gedanken, daß die Schuld als von dem Zeitpunkt der Wertbestimmung ab in eine Geldschuld verwandelt erscheint.

§ 291.

Eine Geldschuld hat der Schuldner von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an zu verzinsen, auch wenn er nicht im Verzug ist; wird die Schuld erst später fällig, so ist sie von der Fälligkeit an zu verzinsen. Die Vorschriften des § 288 Abs. 1 und des § 289 Satz 1 finden entsprechende Anwendung.

E. II 247, RV. 285. — Mot. S. 55, Prot. S. 323—4.

1. Nach der vorherrschenden Lehre des Gemeinen Rechts mußte der Schuldner von der Klageerhebung ab ohne Rücksicht auf Verzug sog. Prozeßzinsen zahlen, während das Landrecht darin nur eine Unterart der Verzugszinsen sah. E. II hat sich im Gegensatz zu E. I der ersteren Lehre angeschlossen und läßt in Ergänzung der Vorschriften über Verzug vom Eintritte der Rechtshängigkeit ab stets Zinsen (natürlich in Höhe von 4 %, § 246) gezahlt werden.

Meist wird dabei schon Verzug vorliegen, zumal nach § 284 der Prozeßbeginn der Mahnung gleichsteht; aber nicht immer, nämlich da nicht, wo die Leistung wegen eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes unterbleibt (z. B. Unvermögen bei Speziesschulden; entschuldbare Unkenntnis der Schuld), oder wo, was in § 291 direkt als zulässig vorgesehen wird, die Klaganstellung der Fälligkeit vorangeht — alsdann ist S. 1 a. E. maßgebend.

2. Der Eintritt der Rechtshängigkeit bestimmt sich nach der ZPO. §§ 263, 281, 500, 510, 693, 695.

§ 292.

Hat der Schuldner einen bestimmten Gegenstand herauszugeben, so bestimmt sich von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe nach den Vorschriften, welche für das

Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten, soweit nicht aus dem Schuldverhältnis oder dem Verzuge des Schuldners sich zu Gunsten des Gläubigers ein Anderes ergibt.

Das Gleiche gilt von dem Anspruche des Gläubigers auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruche des Schuldners auf Ersatz von Verwendungen.

E. I 244, E. II 248, RV. 286. — Mot. S. 55—6, Prot. S. 323.

1. Eine vom Verzuge unabhängige **Wirkung der Rechtshängigkeit** gibt, dem § 291 entsprechend, der § 292 in betreff aller Ansprüche auf Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes (nicht nur einer Sache), mögen sie auf Rückerstattung oder erst auf Leistung gehen. Die Vorschrift wird von den Mot. S. 55 dadurch gerechtfertigt, „daß der Beklagte sich doch immerhin als Verwalter und Verwahrer fremden Gutes zu betrachten habe".

2. Es wird damit eine **schärfere Haftung**, als sie sonst nach dem fraglichen Rechtsverhältnis bestanden hätte, ohne Rücksicht auf Verzug, vom Prozeßbeginn ab begründet; aber es tritt keine Abmilderung ein, wenn bisher die Haftung schon schärfer war (z. B. aus einem Garantievertrage, einer unerlaubten Handlung).

Die Haftung gemäß § 292 selbst ergibt sich inhaltlich aus den §§ 987 ff., s. diese und Bem. dazu; also haftet Beklagter für jedes Verschulden, unter Umständen auch für Zufall; ferner für gewonnene sowie gewinnbare Nutzungen.

Zweiter Titel.

Verzug des Gläubigers.

Vorbemerkung.

Literatur: a) bisherige: Kohler, Annahme und Annahmeverzug, Jherings Jahrb. 17 261 ff.; v. Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris, 1884; P. Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzug, 1895.

b) Neues Recht: Kohler: ArchBürgR. 13 144 ff.; Munk, Wesen und Voraussetzungen der mora creditoris, 1898; Rosenberg, Jherings Jahrb. 43 141 ff.; dann die Dissertationen von Wachsner, Rostock 1899, Charmak, Greifswald 1902, Wentrup, Erlangen 1899, Wolffenstein 1902.

1. Über das **Verhältnis zum Leistungsverzug** s. Vorbem. Nr. 1 vor § 284. Das BGB. hat beide Institute ihrer — von Kohler klargestellten — inneren Verschiedenheit halber in verschiedene Titel gebracht und sie auch in ihren Voraussetzungen entsprechend geschieden; während der Leistungsverzug eine Pflichtverletzung enthält und daher einen vom Schuldner zu vertretenden Grund der Nichtleistung fordert, ist davon beim Annahmeverzug, der nur die Nichtausübung eines Rechtes darstellt, keine Rede.

Der Gläubiger ist als solcher zur Annahme niemals verpflichtet. Wo ihm das Gesetz eine Annahme- oder Abnahmepflicht auferlegt (so bei Kauf- und Werkvertrag, §§ 433, 640), ist er eben insoweit nicht mehr als Gläubiger, sondern als Schuldner beteiligt. Ebenso, wenn er kraft besonderer Abrede abzunehmen hat.

Anders Rehbein S. 135—6, insofern er die Vorschriften der genannten §§ auch auf den Vermieter, Verleiher, Pfandgläubiger, aber auch den Entleiher, Pfandschuldner, Kommittenten usw. erstreckt wissen will. Sie alle dürfen den Schuldgegenstand dem Gegner nicht auf dem Halse lassen. Und auch beim Dienstvertrag sei zwar kein Recht gegeben auf Annahme der Dienste; aber die Nichtannahme soll nach Treu und Glauben das Recht des Gegners so verletzen, daß dieser zum Rücktritt berechtigt sei. In demselben Sinne sei der Mieter zur Ingebrauchnahme verpflichtet. Überall habe der Schuldner ein Recht auf Lösung des Schuldverhältnisses.

Aber das Gesetz berechtigt uns in keiner Weise zu so weitgehenden Sätzen; innere Gründe sind dafür nicht oder doch nicht annähernd in genügendem Maße vorhanden. Eine Annahme- oder Befreiungspflicht ist jedenfalls nicht in dem Sinne anzuerkennen, daß ihre schuldhafte Verletzung eine Ersatzpflicht nach sich zöge — denn eine solche Ersatzpflicht ist unverträglich mit der weniger weit gehenden Bestimmung des § 304, die ihr gegenüber sinnlos wäre. Es mag sich der Vertrag im einzelnen Falle so auffassen lassen, daß nach Treu und Glauben der Empfänger zur Beteiligung am Leistungsvollzug, zur Annahme; der Geber zur Rücknahme verpflichtet erscheint — aber das ohne Rücksicht auf den Sonderfall allgemein anerkennen, hieße sich über das Gesetz hinwegsetzen. Übrigens reichen auch die Regeln über den Annahmeverzug zu einer befriedigenden Behandlung fast ausnahmslos aus.

2. Von den **Voraussetzungen** des Gläubigerverzuges handeln die §§ 293/9; von den **Wirkungen** §§ 300/4; von diesen aber auch §§ 372 ff.

Über die Endigung ist auch hier nichts bestimmt; E. I § 262 wurde als entbehrlich gestrichen. Sie tritt nach allgemeinen Grundsätzen und entsprechend dem über den Leistungsverzug Gesagten ein:

a) durch erfolgte Annahme;

b) durch Erklärung des Gläubigers, das Schuldobjekt anzunehmen — aber nur unter gleichzeitiger Erbietung, die ihm infolge des Verzuges erwachsenen Pflichten zu erfüllen;

c) in den Fällen der §§ 295/6 durch Vornahme der Handlung, durch deren Unterlassung Gläubiger in Verzug geriet. Dies wie zu b;

d) durch Vereinbarung über weiteres Stehenbleiben der Schuld.

§ 293.

Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt.

E. I 254, E. II 249, RV. 287. — Mot. S. 68—9, Prot. S. 328—9.

Voraussetzungen des Annahmeverzuges sind:

1. Angebot.
2. Nichtannahme.

Zu 1: **Angebot**:

a) das Angebot kann ausgehen vom Schuldner, seinem Vertreter und nach Maßgabe des § 267 auch von einem dritten, s. Bem. dazu.

b) es muß erfolgen an den Gläubiger oder seinen zur Annahme (s. dazu auch zutreffend Planck Nr. 3) legitimierten Vertreter;

c) es muß erfolgen in der durch die §§ 294 ff. näher bestimmten Art und Weise;

d) es braucht im allgemeinen nicht erst nach Fälligkeit zu erfolgen, s. §§ 271, 299.

e) Das Angebot muß sich auf den geschuldeten Gegenstand und Betrag richten. Ein auf einen anderen gerichtetes kann niemals, ein auf einen Teilbetrag beschränktes höchstens ausnahmsweise — soweit dem Schuldner nach § 266 Teilleistungen gestattet sind — den Ausnahmeverzug herbeiführen. Das Angebot eines größeren Betrages als geschuldet steht grundsätzlich dem Eintritt des Verzuges nicht im Wege, es sei denn, daß der Gläubiger dadurch ungebührlich beschwert werde, oder der Schuldner sich trotz Aufforderung des Gläubigers weigert, sein Angebot auf den wirklich geschuldeten Betrag zu beschränken. S. OLG. Dresden im SächsArch. 12 505.

Entsteht Annahmeverzug aber auch in dem häufigen Fall, daß der Schuldner eine größere Geldsumme anbietet unter Zumutung des Wechselns? Im allgemeinen sicherlich nicht. Doch wird die Sachlage sehr häufig eine solche sein, daß dem Gläubiger auf Grund der Verkehrssitte (s. § 242) ein Wechseln zugemutet werden kann; so bei Zahlungen an die Kassen größerer Geschäfte und Transportanstalten, soweit sich die Zumutung nicht über das nach den obwaltenden Verhältnissen übliche Maß erstreckt (z. B. der Käufer von Waren für 20 Pfennig verlangt Wechsel eines Zwanzig-Mark-Stückes). Aber auch dann muß m. E. dem Gegner noch immer der Gegenbeweis offenstehen, daß er im gegebenen Zeitpunkt zum Wechseln außer stande sei. Denn die Verkehrssitte verlangt von niemandem, mit Rücksicht auf etwaige Zumutungen solcher Art seine Kasse stets in einem entsprechenden Zustande zu erhalten. Bei Droschkenkutschern und kleineren Gewerbetreibenden dürfte auch davon abgesehen das Ansinnen des Wechselns höchstens bis zur nächsthöheren Münzeinheit beachtbar sein (z. B. auf 2 M. bei einem

Schuldbetrage von M. 1,50). S. auch Krückmann, Recht 1901, S. 85ff., der etwas weiter geht.

Zu 2: **Nichtannahme:** Der Gläubiger muß die Leistung nicht angenommen haben. Diese Tatsache genügt, einerlei ob sie auf einem besonderen Willensentschluß beruht oder nicht. Eine ausdrückliche oder stillschweigende Ablehnung ist nicht geradezu nötig.

Der Nichtannahme steht gleich der Fall, daß Gläubiger zwar annehmen, aber nicht auch zugleich die ihm Zug um Zug obliegende Gegenleistung vornehmen will, § 298.

Nicht immer erfordert die Bewirkung der Leistung eine Mitwirkung des Gläubigers, z. B. Verpflichtung zur Unterlassung, Leistung an einen dritten. Alsdann kann es jedenfalls infolge eines Benehmens des Gläubigers (s. aber Nr. 3 zu § 294) nicht zum Annahmeverzug kommen. — Über den Annahmeverzug bei der Anweisung s. Kipp zu Windscheid II S. 412 oben.

3a) **Verschulden?** Wie in der Vorbem. festgestellt, wird **nicht** dazu noch gefordert ein **Verschulden** des Gläubigers, wie es die herrschende Lehre des Gemeinen Rechts (Windscheid, Dernburg, v. Schey, weniger weitgehend Mommsen, gegen das Erfordernis überzeugend Kohler, ihm folgend Hirsch), des französischen Rechts (dagegen freilich Crome, Grundlehren S. 188), und das Landrecht (I, 11, §§ 101/2) tun. Das BGB. sieht in der Annahme keine Pflicht des Gläubigers (s. Vorbem. Nr. 1) und läßt folgerecht auch ohne Verschulden, das bei dieser Auffassung sogar unerfindlich wäre, den Verzug eintreten.

b) **Möglichkeit der Annahme und Leistung?** Selbst eine subjektive Fähigkeit der Annahme wird nicht erfordert, außer in dem besonderen Fall des § 299. Es befreien also den Gläubiger von den Verzugswirkungen nicht einmal entschuldbare Unkenntnis, Krankheit, Tod. Letzteres freilich anders in den zahlreichen Fällen, wo mit seinem Tode zugleich eine objektive Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist (Erteilung von Unterricht; Vornahme einer Operation). Ebenso, wenn das auszubessernde oder mit Fresken zu schmückende Haus abbrennt. Die gegenteilige Behauptung von Kohler, Archiv S. 200, 259, widerspricht sowohl dem Wortlaut des Gesetzes wie dem praktischen Bedürfnis.

Denn in Annahme einer unmöglichen Leistung kann niemand säumig sein; der Annahmeverzug hat die Möglichkeit der Leistung zur begrifflichen Voraussetzung (s. über die nötige scharfe Scheidung von Unmöglichkeit und Annahmeverzug auch Titze, Unmöglichkeit S. 22ff., Kisch, Besprechung dazu S. 513). Genauer gesagt: die Möglichkeit dessen, was der Schuldner zur Leistung zu tun hat. Nimmt nur der Gläubiger die dazu nötige Mitwirkung nicht vor, so macht er die Leistung vielleicht gleichfalls unmöglich; aber hier ist es nicht eine bereits vorhandene Unmöglichkeit, was die Annahme hindert, sondern das Unterbleiben der Annahme, was die Möglichkeit erst in eine Unmöglichkeit umwandelt.

Eine den Annahmeverzug ausschließende Unmöglichkeit liegt besonders dann vor, wenn das für die Leistung nötige körperliche Substrat untauglich geworden ist, und zwar auch dann, wenn der Schuldner dieses zu gewähren hatte (z. B. sein Körper, sein Haus). So richtig Titze aaO.; die gegenteiligen Bemerkungen von Stadthagen und Cuno bei Neumann I S. 210 zu § 297 schlagen nicht durch.

Umgekehrt **bewirkt der Annahmeverzug** zwar keineswegs immer, oder auch nur in der Regel, aber bisweilen eine **Unmöglichkeit fernerer Leistung.** So bei den sog. Masseleistungen (Veranstaltung einer Vorstellung, einer Beförderung), die nicht wegen des Ausbleibens einzelner Teilnehmer verschoben werden können, überhaupt bei den gerade an einen bestimmten Zeitpunkt oder -raum gebundenen Leistungen (s. auch die guten Beispiele bei Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 230—1). Hier bewirkt der Annahmeverzug eine Befreiung des Schuldners; beim gegenseitigen Vertrag behält er den Anspruch auf die Gegenleistung. Das folgt a fortiori aus § 324 Abs. 2: Denn tritt dieser Erfolg sogar dann ein, wenn die Leistung während des Annahmeverzugs durch einen sonstigen Umstand unmöglich wird, so muß dasselbe erst recht gelten, wenn der Annahmeverzug selbst die Unmöglichkeit herbeiführt.

4. **Beweis:** Den Eintritt der Voraussetzungen des § 293 muß der Schuldner beweisen.

§ 294.

Die Leistung muß dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden.

E. I 255 Abs. 1, E. II 250, RV. 288. — Mot. S. 69—70, Prot. S. 329.

1. Das **Prinzip** des vom Schuldner zu bewerkstelligenden **Angebots** ist (Mot. S. 69): „Der Schuldner hat diejenige Tätigkeit zu entwickeln, welche das besondere Schuldverhältnis ihm vorschreibt, und welche, wenn der Gläubiger den mit der konkreten Obligation für das von seiner Seite zu beobachtende Verhalten sich ergebenden Voraussetzungen entspricht, zur Erfüllung der Obligation führt".

Ist das Angebot als solches **Rechtsgeschäft**? Die herrschende Lehre bejaht die Frage, s. die Angaben bei Breit, Geschäftsfähigkeit S. 230, besonders Rosenberg S. 157 (einseitige, empfangsbedürftige Erklärung). Aber Breit macht mit Recht darauf aufmerksam, daß doch auch die Erfüllung nicht als solche Rechtsgeschäft sei (s. Bem. zu § 362), also doch auch das bloße Angebot derselben keine Gültigkeitserfordernisse aufweisen könne, die jener selbst als solcher nicht zukommen, z. B. notwendige Geschäftsfähigkeit der Beteiligten.

2. Aus dem Prinzip folgt die grundsätzliche Notwendigkeit des im § 294 erforderten **tatsächlichen Angebots** (Realoblation). Das heißt: der Schuldner muß sich bei Bringschulden mit dem Leistungsobjekt beim Gläubiger einfinden; bei Schickschulden muß er das ihm für die Versendung Obliegende getan haben; wegen Holschulden s. Bem. zu § 295. Er muß anbieten in der entsprechenden Qualität und Quantität (kein bloßes Teilangebot, § 266), am rechten Ort und nicht zu unangemessener Zeit (s. über die Zeit auch Bem. 1d zu § 293). Dabei sind ganz allgemein die Grundsätze von Treu und Glauben zu beobachten, § 242.

Bei Wahlschulden mit Wahlrecht des Schuldners kann dieser jedes der Stücke wirksam anbieten; dem wahlberechtigten Gläubiger braucht er nicht alle anzubieten, sondern kann nach § 295 dessen Wahl abwarten und bei Säumnis darin nach § 265 Abs. 2 verfahren.

3. **Beteiligte Personen.** S. darüber Bem. 1a—b zu § 293. Näher ist dazu folgendes zu bemerken: Geschäftsfähigkeit der Beteiligten ist zum Angebot nur insofern erfordert, wie bei der angebotenen Leistung selbst (s. oben Nr. 1 Abs. 2).

Bei Mehrheit der Gläubiger muß allen angeboten werden; nur wenn sie Gesamtgläubiger sind, genügt das Angebot an einen, §§ 432, 429. Von mehreren Gesamtschuldnern kann jeder anbieten, mit Wirkung für alle, § 424.

Beim Vertrage zu Gunsten dritter genügt ein Angebot an den dritten jedenfalls dann, wenn er selbst Anspruch auf die Leistung hat. Aber auch im umgekehrten Fall ist er doch immerhin in der Regel ein solutionis causa adiectus, an den zu zahlen, also auch anzubieten der Schuldner nicht nur die Pflicht, sondern auch ein vertragsmäßiges Recht hat. Das darf ihm durch Annahmeverweigerung nicht verkümmert werden. Diese bringt insoweit den Gläubiger in Annahmeverzug. Der dritte steht eben in Bezug auf den Leistungsvollzug dem Gläubiger gleich.

Unter Umständen läßt das Gesetz statt des **tatsächlichen** ein **wörtliches Angebot** genügen, s. § 295 und Bem. dazu. Hier wird nur wörtliche Erklärung der Leistungsbereitschaft erfordert, nicht auch die gleichzeitige Vornahme der bisher bezeichneten Handlungen.

Der Unterschied dieser beiden Angebotsarten ist neuestens von Rosenberg S. 150 ff. verworfen worden. Seine Aufstellung beruhe auf einer Verwechslung von Leistungsbereitschaft und Art des Angebots. In Wahrheit habe der Schuldner immer das anzubieten, wozu er nach dem besonderen Schuldverhältnis verpflichtet sei. Das BGB. kenne statt jenes Unterschiedes nur den davon verschiedenen zwischen dem Angebot mit einer tatsächlichen und mit einer wörtlichen Leistungsbereitschaft, von denen jenes auch die Fälle der Holschuld mit umfasse, bei denen die herrschende Lehre (s. § 295 S. 1 a. E.) nur ein wörtliches Angebot annimmt.

Das Angebot mit bloß wörtlicher Leistungsbereitschaft umfaßt nach Rosenberg nur die Fälle, wo der Schuldner erklärt, daß er bereit und im stande sei, nach erfolgter Mitwirkung des Gläubigers die Leistung vorzunehmen, wo also diese selbst eine solche Mitwirkung erfordert (z. B. Gläubiger soll sich operieren lassen, zum Porträt sitzen, seine Villa zwecks Vornahme eines Umbaus öffnen).

Diese Anschauung hat sicherlich einen berechtigten Kern. Aber sie entspricht schwerlich dem Sprachgebrauch des Gesetzes (s. bes. § 295). Sachlich läßt sie sich für das Gebiet des § 295 mit der herrschenden Lehre durch eine vertiefte Auffassung vom Wesen des wörtlichen Angebots (s. Bem. zu § 295) wohl vereinigen. Ob sie andererseits aber dem, was das Gesetz vom tatsächlichen Angebot verlangt, voll gerecht

werde, ist nicht zweifellos; es bleibt doch immer dabei, daß das Angebot bei Bring- und bei Holschulden sich in verschiedener Weise zu äußern hat. Ich glaube daher bei der üblichen Unterscheidung zunächst stehen bleiben zu sollen, obwohl ich zugebe, daß ihr Ursprung auf einer Überschätzung des sich beim Gläubiger abspielenden eigentlichen Angebotsaktes gegenüber der seine Grundlage bildenden Leistungsbereitschaft des Schuldners beruht.

4. **Kenntnis**: Daß der Gläubiger von dem an sich korrekten Angebot Kenntnis erlangt habe, wird nicht erfordert; ist er am Leistungsort nicht anwesend und hat auch für eine Vertretung nicht Sorge getragen, so muß er die Folgen auf sich nehmen. Das ergibt sich schon mittels arg. a contrario aus § 299. Anderer Ansicht freilich Planck, Türke-Riedenführ Nr. 4, Munk S. 63; wie hier Kohler Arch. S. 199, s. auch Rosenberg S. 159—61. — Auch ist alsdann nicht noch eine besondere Aufforderung an den Gläubiger nötig, sich einzufinden. Rosenberg verlangt freilich noch eine öffentliche Zustellung.

§ 295.

Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Dem Angebote der Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen.

E. I 255 Abs. 2—3, E. II 251 Abs. 1, 3, RV. 289. — Mot. S. 70—2, Prot. S. 329.

1. Schon das bisherige Recht ließ in gewissen Fällen an Stelle des realen ein bloß **wörtliches Angebot** genügen, s. Windscheid II, § 345 No. 5; Entsch. des ROHG. 10, Nr. 51, S. 238 und 13, Nr. 17, S. 59; für Preußisches R. Dernburg, PrR. II, § 73. Anderer Ansicht Römer, Abhandlungen, S. 141. (SächsGB. § 748 ließ sogar „in der Regel" wörtliches Angebot ausreichen).

Dem folgt das BGB. für die beiden Fälle des § 295:

a) wenn der Gläubiger schon vorher die **Nichtannahme erklärt hat**. Das Wesen dieser Erklärung der Nichtannahme ist zweifelhaft, s. Rosenberg S. 395, Eltzbacher, Handlungsfähigkeit S. 178—9. Mit beiden ist gegen Planck (Nr. 1) und meine Aufl. 1 anzunehmen, daß sie kein Rechtsgeschäft im Sinne einer empfangsbedürftigen Willenserklärung darstelle, sondern nur eine tatsächliche („unmaßgebliche") Willensäußerung, etwa das Gegenstück der Mahnung (s. Vorbem. 2a vor § 284). Wie bei dieser, treten die Rechtswirkungen auch bei der Erklärung des § 295 ohne Rücksicht auf den entsprechenden Parteiwillen ein. Allerdings wird eine unbeschränkte Geschäftsfähigkeit des Erklärenden erforderlich sein, da der Akt seine Rechtsstellung einschränkend beeinflußt. Außerdem muß die Erklärung dem Gläubiger (oder seinem Vertreter) gegenüber abgegeben sein, sie ist also „empfangsbedürftig", und insoweit dürfte einer entsprechenden Anwendung der §§ 130 ff. nichts im Wege stehen. Mitteilungen an dritte oder gar ein bloßes allgemeines Verhalten, z. B. Deckung des Bedarfs bei andern, reicht nicht aus.

Auch muß man die einmal abgegebene Erklärung des Gläubigers für widerruflich erachten. Denn der Gläubiger geht ja durch sie seines Rechtes auf die Leistung noch nicht verlustig, und der innere Grund der Bestimmung, der Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242), fällt nunmehr weg. So auch Mot. S. 71.

b) wenn zur Leistungsbewirkung eine **Handlung des Gläubigers** notwendig ist. Dahin gehören z. B. folgende Fälle:

α) der der Holschuld, den das Gesetz besonders erwähnt (s. dazu unten Nr. 1 a. E.).

β) der Fall des Kaufes mit Spezifikation (s. darüber Oertmann im ZivArch. 85 202 ff. und die dort mitgeteilte Judikatur) und ähnliche Fälle, wo der Gläubiger über Modalitäten der Erfüllung oder die nähere Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes Bestimmungen zu treffen hat (s. auch §§ 313 ff.; HGB. § 375);

γ) die Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers;

δ) Ansprüche auf Erteilung von Unterricht, Anfertigung eines Porträts usw., bei denen zwar nicht oder nicht notwendig eine Handlung, aber doch wenigstens ein

entsprechendes Verhalten des Gläubigers Vorbedingung der Leistung ist. Ferner Anfertigung von Fresken in einer vom Gläubiger erst zu bauenden Villa u. dergl. mehr. S. auch Rosenberg S. 196 ff.

Natürlich muß hier überall der Schuldner die ihm etwa obliegenden vorbereitenden Handlungen vorgenommen haben, auf die hin erst das Handeln oder Verhalten des Gläubigers zweckentsprechend erfolgen konnte, z. B. sich zur Erteilung der Stunden beim Gläubiger einfinden (näheres s. bei Schollmeyer S. 139, β Abs. 2, Rosenberg S. 185, S. 194). Und bei der Holschuld vollends ist, wie Rosenberg (s. Nr. 2 zu § 294) S. 155, 158 gegenüber dem mißverständlichen Wortlaut des Gesetzes siegreich ausführt, überhaupt neben dem wörtlichen Angebot noch ein mehreres nötig: die tatsächliche Leistungsbereitschaft. Die Leistung muß als eine beim Schuldner zum Abholen bereite angeboten werden. Eine gegenteilige Auslegung wäre widersinnig und unannehmbar; die hier angenommene ergibt sich aber im Grunde auch schon aus dem richtig verstandenen Text. Denn bei der Holschuld liegt die Mitwirkung des Gläubigers nicht vor, sondern hinter der eigentlichen Herstellung der Leistung; zu dieser selbst genügt die Tätigkeit des Schuldners, während nur ihre Überführung in das Vermögen oder die Verfügungssphäre des Gläubigers von dessen Mitwirkung abhängt. Nur in Bezug auf diesen zweiten Teil der Verpflichtung will das Gesetz offenbar ein wörtliches Angebot genügen lassen; der erste muß ebenso, wie in den Fällen des § 294, fertig vorliegen. — Daß bei der Holschuld der Schuldner, nachdem der Gläubiger bei ihm behufs Abholung erschienen ist, überhaupt tatsächlich anbieten muß, wird als selbstverständlich allgemein zugegeben (Planck Nr. 2).

2. In den Fällen zu 1 b), aber nicht denen zu a), steht nach S. 2 dem wörtlichen Angebot auch die **Aufforderung an den Gläubiger** zur Vornahme der fraglichen Handlung gleich. Sie geschieht auch wieder durch einseitige, empfangsbedürftige Erklärung, §§ 130 ff. Aus dem Prinzip von Treu und Glauben ergibt sich, daß nachher noch der Ablauf einer den Umständen nach angemessenen Frist abzuwarten ist, ehe der Gläubiger durch solche Aufforderung in Verzug kommen kann.

Wegen der Aufforderung an den Vertreter s. Rosenberg S. 173; wegen derjenigen im Falle der Zession s. daselbst S. 175.

3. **Unnötigkeit des Angebots überhaupt**: § 295 entbindet den Schuldner in den besprochenen Fällen nur von einem tatsächlichen, nicht von einem Angebot überhaupt. Das ergibt deutlich der Wortlaut sowie der Gegensatz des § 296. Daher genügt insbesondere zum Eintritt des Annahmeverzuges keineswegs eine bloße Erklärung des Gläubigers (etwa nach Zustellung einer Faktura), er erkenne das Geschäft nicht an und werde die Ware nicht annehmen, s. RG. ZS. II vom 15. II. 1902, Entsch. Bd. 50 Nr. 44 S. 210.

Eine andere Frage ist aber die, ob in allen Fällen des § 295 ein wörtliches Angebot schlechthin unerläßlich sei? Sie wird verneint vom OLG. Kassel bei Seuffert 60 Nr. 104 S. 202, ähnlich auch Römer DJZ. 03 340—1, anders Fieberg, DJZ. 04 485 (s. auch die Angaben bei Neumann II S. 340). Man wird dem Kasseler Erkenntnis darin Recht geben, daß § 295 das wirkliche Angebot nur als genügend, nicht als erforderlich bezeichnet. Die individualisierende Betrachtung des Einzelfalles darf in den Fällen des § 295 nicht mehr als jenes verlangen; daß sie sich aber unter Umständen auch mit weniger begnügen könne, wird weder durch Wortlaut noch durch Sinn des § 295 unbedingt ausgeschlossen.

4. Überall wird in den fraglichen Fällen **Fähigkeit** des Schuldners zur realen Leistung erfordert, s. § 297.

5. § 295 spricht nur vom Angebot des **Schuldners**; man wird das auf das eines **Dritten** nicht ausdehnen können, auch soweit dieser sonst den Gläubiger in Annahmeverzug versetzen kann. Das ergibt der Gegensatz im Text gegenüber §§ 293/4; ferner die ausgesprochene Absicht der Kommission (Prot. S. 329). Aber auch aus inneren Gründen wird man nicht geneigt sein, das Angebot eines dritten so außerordentlich zu begünstigen. So auch Planck Nr. 5. Anders Rosenberg S. 170 für den Fall der Holschuld, sofern der dritte im Stande ist, die Leistung vertragsmäßig, insbesondere am rechten Ort, zu bewirken. Aber wie soll das der Gläubiger bereits beim Angebot feststellen können? Man kann ihm schwerlich zumuten, sich zunächst zu dem vielleicht wenig vertrauenerweckenden Intervenienten zu begeben, um sich von dessen Leistungsbereitschaft zu überzeugen!

§ 296.

Ist für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt. Das Gleiche gilt, wenn der Handlung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt.

E. I 255³, E. II 251²⁻³, RV. 290. — Mot. S. 702, Prot. S. 329—30.

1. Die Bestimmung des § 296 entspricht dem Satze „dies interpellat pro homine" beim Leistungsverzuge (§ 284 Abs. 2), als „gerechtes und billiges Äquivalent" (s. Mot. S. 71); z. B. der Gläubiger soll sich zu einem bestimmten Termin zum Anhören der Theatervorstellung, zur Porträtierung beim Schuldner einfinden; ferner bei Inhaber- oder Ordrepapieren mit bestimmtem Vorlegungstage.

In solchen Fällen bedarf es überhaupt keines Angebots, weder eines tatsächlichen noch auch nur eines wörtlichen.

2. Auch S. 2 entspricht dem § 284, s. Abs. 2 S. 2 daselbst.

§ 297.

Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außer Stande ist, die Leistung zu bewirken.

Wie zu § 295—6.

1. Der § 297 bedeutet eine Ausnahme von den Bestimmungen der §§ 295/96 zu Gunsten des Gläubigers. Wo nur ein wörtliches oder gar kein Angebot erfordert wird, da gehört zwar die Leistungsfähigkeit nicht mehr, wie nach Entw. I, zu den positiven Erfordernissen des Annahmeverzuges, aber der Gläubiger soll sich wenigstens durch den Gegenbeweis ihres Fehlens von seinem Eintritt befreien können.

2. Der Satz findet Anwendung, mag objektive Unmöglichkeit oder subjektives Unvermögen vorliegen. Nur wird sinngemäß ein solches Leistungshindernis nicht in Betracht gezogen, das sich gerade aus der geweigerten oder unterbliebenen Mitwirkung des Gläubigers ergibt, und zwar auch dann nicht, wenn infolge der Weigerung des Gläubigers der Schuldner solche Vorbereitungs- oder Vollendungshandlungen unterläßt, die er andernfalls sofort und rechtzeitig hätte vornehmen können. Der Schuldner erscheint dann als leistungsbereit, falls er ohne die Ablehnung des Gegners zur vertragsmäßigen Bewirkung der Leistung im stande gewesen wäre, s. Rosenberg S. 194.

Man wird auch allgemein alle solche Fälle nicht nach § 297 beurteilen, wo der Schuldner die Leistung bereits bewirkt hat, und nur noch solche Handlungen fehlen, die im Leben erst beim Erscheinen des Gläubigers zwecks Abholung vollzogen zu werden pflegen, z. B. Einpacken der verkauften Waren; s. Rosenberg aaO.

§ 298.

Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet.

E. I 256, E. II 252, RV. 292 — Mot. S. 73, Prot. S. 331.

1. **Anwendungsgebiet:** Der § 298 entspricht dem bisherigen Recht (z. B. SächsGB. § 747); er greift Platz:

a) bei den Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen, §§ 320, 348;

b) darüber hinaus bei allen anderen Zug um Zug zu erfüllenden Leistungen, s. Bem. zu § 273 (z. B. 368, 371, 601, 670, 693, 699, 797, 994, 1049);

c) Natürlich erst recht, wenn in den genannten Fällen der Gegner sogar vorleistungspflichtig war.

Er beruht auf demselben Grundgedanken wie § 295, ja nach Planck soll er sich eigentlich aus diesem schon ableiten lassen, was mir bedenklich erscheint.

2. Eine **Weigerung** des Gläubigers wird **nicht** erfordert, anders als im SächsGB., ebenso nicht eine Fähigkeit zur Leistung, da ja hier nicht der etwa zugleich eintretende Leistungs-, sondern nur der Annahmeverzug in Frage steht.

Das Angebot der Gegenleistung muß im allgemeinen ein tatsächliches sein; ein wörtliches kann nur genügen, wenn der Empfänger vor oder zu ihrer Bewirkung seinerseits eine Handlung auszuführen hatte.

3. Wenn der Schuldner die Gegenleistung nicht bei seinem Angebot „verlangt", kann die Bestimmung nicht Anwendung finden.

4. Ob der Gläubiger im Fall des § 298 mit seiner Gegenleistung zugleich in Leistungsverzug komme, bestimmt sich nach dessen Regeln; allgemein läßt es sich nicht behaupten.

§ 299.

Ist die Leistungszeit nicht bestimmt oder ist der Schuldner berechtigt, vor der bestimmten Zeit zu leisten, so kommt der Gläubiger nicht dadurch in Verzug, daß er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist, es sei denn, daß der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat.

E. II 253, RV. 293. — Prot. S. 329—30.

1. Der Satz enthält ein in 2. Lesung eingefügte zweckmäßige **Milderung** des zu § 293 Nr. 3 entwickelten Prinzips und stellt gewissermaßen ein Korrektiv dar gegen die in § 271 dem Schuldner gewährte Befugnis, vorzeitig zu leisten, s. Bem. dazu.

2. Verlangt wird eine **„vorübergehende Behinderung"** des Gläubigers; wann und wie lange sie angenommen werden kann, ist Tatfrage: (Geschäfts- oder Erholungsreise; dringende andere Geschäfte; der für die angebotene Ware freizumachende Lagerraum ist noch anderweit besetzt).

3. Eine **wahre Unmöglichkeit** der Annahme wird **nicht** erfordert, es genügt bloßes Unvermögen, ja selbst darüber hinaus wird man das Wort „gehindert ist" auf alle die Fälle erstrecken dürfen, wo die Annahme dem Gläubiger zwar möglich wäre, aber nur unter unverhältnismäßigen Aufwendungen oder Unbequemlichkeiten. Denn auch sie begründen praktisch eine „Hinderung" (z. B. er müßte seine anderen Waren in ungeeignete Räume stellen).

Auch kommt es nicht auf den Grund der Hinderung an; daß derselbe durch eigene, freie Handlung entstanden ist, macht keinen Unterschied, z. B. der Gläubiger war zur Zeit des Angebots auf einer Vergnügungsreise begriffen. Natürlich: er konnte auf ein vorzeitiges Angebot noch gar nicht rechnen, brauchte auf seine bloße Möglichkeit nicht ständige Rücksicht zu nehmen. Anders zu Unrecht Szkolny-Caro Nr. 1 a. E.

4. Für einen Teil der gedachten Fälle würde schon § 242 Rat schaffen; die Erweiterung liegt darin, daß der Schuldner auch ohne Verstoß gegen Treu und Glauben den Gläubiger nunmehr nicht in Verzug setzen kann. Andererseits kann sich der Gläubiger nicht auf § 299 berufen, wenn er die Hinderung wider Treu und Glauben absichtlich herbeigeführt hat, z. B. er verläßt auf die Kunde vom bevorstehenden Erscheinen des Schuldners sein Haus und verschließt es, um ihn an der Leistung zu hindern.

5. **Hört die Hinderung auf**, so setzt nunmehr das alte Angebot den Gläubiger nicht nachträglich in Verzug; es bedarf vielmehr eines neuen insoweit, als das alte nicht als ununterbrochen fortdauernd anzusehen ist. Jedoch wird der Schuldner vielfach auch ohnedies zur Hinterlegung schreiten können nach § 372; er kann auch mit dem ersten erfolglosen Angebot nunmehr die Setzung der im Text angegebenen Frist verbinden.

6. **„Die Ankündigung“** (s. den Text am Schluß) ist wohl ebensowenig, wie die Mahnung (§ 284) und die Erklärung der Nichtannahme (§ 295) ein wirkliches Rechtsgeschäft, indem auch ihre Rechtswirkungen sich an sie als eine bloße Tatsache anschließen, ohne Rücksicht auf einen dahin gerichteten Willen. Immerhin ist sie „empfangsbedürftig“ im Sinne der §§ 130ff., die darauf entsprechend anwendbar sein dürften. Auch wird zwar nicht beim erklärenden Schuldner, wohl aber beim Gläubiger zum Eintritt der Wirkung volle Geschäftsfähigkeit erforderlich sein. Denn nur alsdann ist bei ihm volles Verständnis für den Akt und seine Tragweite zu unterstellen. Über den Begriff der „angemessenen Zeit (Frist)“ s. Bem. zu § 250.

Wie aber, wenn der Schuldner trotz vollzogener Ankündigung nicht zum angekündigten Zeitpunkt leistet? Dann verliert jedenfalls die Ankündigung ihre Wirksamkeit. Aber man kann wohl weiter gehen und mit Goldmann-Lilienthal S. 349 nun den Schuldner ohne weiteres in Leistungsverzug geraten lassen. Denn er hat es ja selbst dahin gebracht, daß für die Leistung fortan eine kalendermäßig bestimmte Zeit besteht, und wie ihm das nützt (§ 299 a. A.), so muß er es auch andererseits gegen sich gelten lassen.

7. Der **Beweis** der Hinderung liegt dem Gläubiger, derjenige der vollzogenen Ankündigung dem Schuldner ob.

§ 300.

Der Schuldner hat während des Verzugs des Gläubigers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt.

E. I 257, E. II 254, RV. 294. — Mot. S. 73/4, Prot. S. 331.

1. Der Annahmeverzug bewirkt im allgemeinen **keine völlige Befreiung** des Schuldners. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Leistung dadurch unmöglich gemacht wird, ihrer Eigenart oder dem besonderen Vertragszweck nach: so möglicherweise bei Fixgeschäften; bei „Massenleistungen, an denen der Einzelne nur teilnehmen soll“ (Kohler S. 251), ohne bei seinem Zuspätkommen Aufschub der Gesamtleistung verlangen zu können — Theatervorstellung, Eisenbahn, Schiffahrt. S. auch Eck, Vorträge S. 285.

Wo ferner der Gläubiger Anspruch hat auf Benutzung einer fremden Sache oder auf Arbeitsleistungen eine gewisse Zeitdauer hindurch, geht ihm solcher Vorteil durch den Verzug wenigstens für die Dauer der Nichtannahme ohne weiteres verloren, s. §§ 552, 615, z. Th. anders 642.

2. **Abschwächung der Haftung:** Davon abgesehen entsteht durch den Annahmeverzug nur die in § 300 angeordnete, dem bisher geltenden Rechte entsprechende Abschwächung der schuldnerischen Haftung. Diese tritt nach dem BGB. allgemein ein, nicht nur, wie nach E. I, gerade in Bezug auf „den dem Gläubiger zu gewährenden Gegenstand“. In den allgemeinen Wortlaut nunmehr noch aus den Motiven eine derartige Beschränkung hineinzuinterpretieren — so Landé — ist ganz unzulässig, s. dagegen auch Planck Nr. 2. Der Schuldner würde also z. B. auch für „positive Vertragsverletzungen“ in dem zu § 276 Nr. 5by entwickelten Sinn nur noch in der abgeschwächten Weise fortan verantwortlich sein.

Von nun an geht also die Gefahr auf den Gläubiger über, soweit sie bisher der Schuldner hatte. Anders nur bei Wahlschulden wegen § 265, s. Rosenberg S. 280ff. Das ist aber nicht mit Hirsch S. 256 als bedenklich zu erachten, da ja der wahlberechtigte Schuldner spätestens durch das Angebot der einen Leistung eine Konzentration der Schuld auf diese herbeigeführt haben wird, während bei Verzug des wahlberechtigten Gläubigers der Schuldner einen Übergang des Wahlrechts erwirken kann.

3. **Insbesondere bei Gattungsschulden**; Abs. 2 (s. dazu Landsberg S. 349—350; Titze, Unmöglichkeit S. 17ff.).

Der Absatz 2 enthält eine Ergänzung zu § 243 Abs. 2. Verwandelt sich danach die Gattungsschuld bereits durch Vornahme des dem Schuldner Obliegenden in eine

Speziesschuld, so ist es folgerecht, es dabei auch trotz Nichtannahme des Leistungsgegenstandes durch den Gläubiger bewenden zu lassen.

Im einzelnen gilt folgendes:

a) Bei Bringschulden war ein tatsächliches Angebot nötig nach §§ 293—4. Dieses hatte zugleich Konzentration und Annahmeverzug herbeigeführt, und dabei bleibt es nun, auch wenn die angebotenen Stücke nachher zurückgenommen und mit den sonstigen Beständen des Schuldners vermengt werden. Man kann ihm nicht zumuten, jene dauernd separat aufzubewahren; auch ist der Weg der Hinterlegung nicht immer gangbar. So enthält denn auch der Text für derartige Fälle keine Einschränkung des angeordneten Gefahrüberganges.

b) Bei Holschulden genügte ein wörtliches Angebot im Sinne des § 295, s. Anm. 1 dazu a. E. Darum soll nach Manchen Annahmeverzug bei ihnen möglicherweise auch ohne Ausscheidung eintreten (so Planck Nr. 3 Abs. 2 a. E. und Landsberg S. 351), anders freilich Schollmeyer Nr. 2 und Cuno, Gefahrübergang bei Gattungsschulden S. 41. Jene Annahme erscheint zutreffend; sie ist auch mit dem oben zu §§ 294—5 angenommenen Standpunkte, der als Grundlage eines wirksamen „wörtlichen" Angebots eine tatsächliche Leistungsbereitschaft fordert, vereinbar, soweit nämlich die noch ausstehende Aussonderung beim Erscheinen des Gläubigers sofort und ohne Umstände geschehen kann. Alsdann tritt Annahmeverzug auch ohne Ausscheidung infolge des „wörtlichen Angebots" ein. Ob aber auch Gefahrübergang im Sinne unseres Abs. 2, ist mindestens zweifelhaft, dagegen Goldmann-Lilienthal S. 353, Planck aaO., Titze S. 18, vermittelnd Landsberg S. 351. Die Verneinung ergibt sich zwar nicht aus § 243 (so Titze), weil § 300 als die engere Vorschrift ihm vorgeht, wohl aber aus diesem selbst: denn er spricht von einer Nichtannahme der angebotenen Sache (nicht etwa: der ... Leistung), also von einem vor vollzogener Aussonderung offenbar unmöglichen Fall. So auch RG. ZS. II vom 29. III. 1904, Bd. 57 Nr. 90 S. 404.

Der Gefahrübergang setzt somit Ausscheidung und Annahmeverzug voraus, nicht nur diesen allein; mit jener ist die Gefahr in dem Sinne übergegangen, daß der Schuldner nicht nachzuliefern hat; mit diesem auch in dem Sinne, daß er trotz Unterganges der angebotenen Stücke den Anspruch auf die Gegenleistung behält.

Verfehlt ist die Auffassung, daß das Angebot bei der Holschuld, um den Gefahrübergang zu bewirken, überhaupt ein tatsächliches sein müsse: es genügt vielmehr wörtliches Angebot auf Grund vorhandener Leistungsbereitschaft und Aussonderung (so auch die Meisten, insbesondere das RG. und Planck aaO.); allerdings ein Angebot der ausgesonderten Stücke als solcher, d. h. unter Mitteilung von der vollzogenen Aussonderung (RG. aaO. S. 405).

c) Erst recht genügt ein wörtliches Angebot in den sonstigen Fällen des § 295, die Gefahr geht über mit der Aufforderung zu der dem Gläubiger obliegenden Mitwirkung zur Leistung. So auch Cosack, Cuno, Matthiaß S. 369, Rosenberg S. 279.

d) Liegt überhaupt kein Angebot vor, also bei einem nach § 296 eingetretenen Annahmeverzuge, so kann die Gefahr nicht übergehen, weil hier noch keine „angebotene Sache" vorhanden ist. Auch eine etwaige Ausscheidung genügt dazu als solche nicht, s. Eck S. 288, der das als „große Härte" bezeichnet. Titze S. 19 und Szkolny-Caro S. 344 wollen sich aus demselben Gesichtspunkte über den Wortlaut des § 300 hinwegsetzen und sogar von einem wörtlichen Angebot Abstand nehmen. Anders Cuno S. 43, Rosenberg S. 278 und besonders Kisch, Bespr. von Titze S. 513; mit Recht, da jene Anschauung nicht nur den Wortlaut gegen sich hat, sondern auch den Gefahrübergang von einer „unkontrollierbaren, jederzeit wieder rückgängig zu machenden Handlung" abhängig macht. So auch Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 2 a. E., Planck Nr. 3 Abs. 2.

4. Über den Fall des **gegenseitigen Vertrages** s. § 324. Der Schuldner wird hier nicht nur frei, sondern kann auch trotzdem die Gegenleistung fordern.

§ 301.

Von einer verzinslichen Geldschuld hat der Schuldner während des Verzugs des Gläubigers Zinsen nicht zu entrichten.

E. I 259, E. II 255, RB. 295. — Mot. S. 75, Prot. S. 332.

Die Bestimmung des § 301 ist selbstverständlich für Verzugszinsen, wird aber — nach dem Muster des SächsGB. § 750; anders Ldr. I, 16, 229 — auch für die anderen gesetzlichen sowie die vertragsmäßigen Zinsen getroffen.

Hat freilich der Schuldner das geschuldete Geld anderweit verzinslich angelegt, so sind das Nutzungen, die er nach § 302 als solche — nicht als einfache Zinsen — erstatten muß, s. Mot. S. 75; anders Planck und Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 1, wie hier Dernburg § 76, II, 4 und Schollmeyer, s. auch Mot. S. 72. Die Meinung der Gegner stützt sich nur auf eine Wortauslegung, die noch dazu sehr problematisch ist. § 301 leugnet doch nur die Pflicht zur weiteren Zahlung der dem Gläubiger als solchem geschuldeten Zinsen; auf den davon ganz verschiedenen Fall, daß der Schuldner von einem dritten Zinsen tatsächlich eingeheimst hat, bezieht sich § 301 überhaupt nicht. — Auch das „fingierte Einkommen" im Sinne von § 246, Bem. 1bβ — Zinsen von dem zu eigenem Gebrauch Verwendetem — wird der Schuldner wohl zu erstatten haben. Dies alles freilich nur, wenn die Schuld verzinslich war, oder die Nutzungen des Schuldgegenstandes dem Gläubiger gebührten (§ 302).

§ 302.

Hat der Schuldner die Nutzungen eines Gegenstandes herauszugeben oder zu ersetzen, so beschränkt sich seine Verpflichtung während des Verzugs des Gläubigers auf die Nutzungen, welche er zieht.

E. I 258, E. II 256, RV. 296. — Mot. S. 74—5, Prot. S. 332.

1. Eine Verpflichtung von der in § 302 angeführten Art kann auf den verschiedenartigsten Gründen beruhen; sie trifft z. B. den Beauftragten, § 667; den Verwahrer; den Besitzer, §§ 987ff.; den Ehemann § 1422.

Dabei sind vielfach nicht nur die wirklich gewonnenen, sondern auch diejenigen Nutzungen herauszugeben, die der Pflichtige hätte ziehen können und bei ordnungsmäßigem Wirtschaftsbetriebe hätte ziehen sollen, nicht minder das fingierte Einkommen (s. Petrazycki, Einkommen II S. 77ff.).

2. Über den Begriff „Nutzungen" s. § 100 und Bem. dazu.

3. **Tragweite:** Die Besonderheit des § 302 besteht in der Beschränkung der Erstattungspflicht auf die wirklich gewonnenen Nutzungen (fr. percepti). Es fragt sich, ob auch das sog. fingierte Einkommen dazu gehört. Man wird das bejahen müssen, denn durch die Verwendung des Kapitals im eigenen Betrieb hat der Schuldner dasselbe insoweit tatsächlich „genutzt", als er das sonst zu verwendende fremde nicht zu vergüten gehabt hat (z. B. er hätte sonst fremdes Kapital gegen Zinsen aufnehmen, eigenes verzinslich angelegtes zurückziehen, eine Wohnung in einem andern Hause beziehen müssen). Das sind alles wirkliche „Vorteile", die ihm der Gebrauch des fremden „Gegenstandes" gebracht hat.

§ 303.

Ist der Schuldner zur Herausgabe eines Grundstücks verpflichtet, so kann er nach dem Eintritte des Verzugs des Gläubigers den Besitz aufgeben. Das Aufgeben muß dem Gläubiger vorher angedroht werden, es sei denn, daß die Androhung untunlich ist.

E. II 257, RV. 297. — Prot. S. 332.

1. Das Recht des Schuldners zur **Dereliktion des Schuldgegenstandes** bei Verzug des Gläubigers war von den Römern allgemein anerkannt, im entwickelten Recht aber nur noch bei Mangel anderer weniger scharfer Mittel gestattet, s. l. 1 § 3 D. 18, 6; Hirsch aaO. S. 18ff. Ähnlich auch SächsGB. § 757. Das moderne Recht hat dafür im allgemeinen die zweckmäßigeren Rechtsbehelfe der Hinterlegung (§§ 372ff.) und des Selbsthilfeverkaufs (§§ 383ff.) eingeführt; jedoch ist in E. II für Immobilien, bei denen diese „Erfüllungssurrogate" unanwendbar sind und bei denen eine nachteilige Wertzerstörung weniger zu befürchten steht, das Recht der Besitzaufgabe (s. Nr. 2) wieder hergestellt. Es ist bei unbeweglichen Sachen allgemein zugelassen, sowohl für

Zurückgabe= wie für Leistungsansprüche (s. Hirsch S. 272). Zweifelhaft ist die Anwendbarkeit der Besitzaufgabebefugnis bei den auf einer unbeweglichen Sache befindlichen Mobilien, z. B. ihrem beweglichen Inventar. Dagegen Rehbein S. 146, wohl mit Recht: der innere Grund für die Befugnis — die Nichtwegnehmbarkeit durch dritte — trifft für derartige Stücke keineswegs zu.

2. Der Schuldner ist danach berechtigt zur Aufgabe des **Besitzes**, nicht auch des Eigentums; eine solche (s. § 928) ist nicht statthaft und würde den Schuldner haftbar machen. Folglich bleibt er gegebenenfalls zur Übereignung trotz § 303 nach wie vor verpflichtet. Dagegen seiner Pflicht zur körperlichen Übergabe kann er nach § 303 ledig werden, soweit und solange dadurch ein Unvermögen zur Leistung (§ 275) eintritt.

3. Die nach S. 2 vorgeschriebene **Androhung** ist eine einseitige Erklärung, die ebensowenig wie die Mahnung sowie die Akte der §§ 295 und 299 a. E. (s. Bem. 6 dazu) als Rechtsgeschäft anzusehen ist, sondern nur die Bedeutung einer tatsächlichen Erklärung hat. Immerhin ist sie dem Gegner gegenüber abzugeben, also „empfangsbedürftig", und die Regeln der §§ 130 ff. werden darauf entsprechend verwendbar sein. Auch ist Geschäftsfähigkeit des Gegners — nicht auch wohl des Erklärenden selbst — als erforderlich zu erachten aus den zu § 299 Bem. 6 angegebenen Gründen. Sie ist untunlich nicht nur bei Unmöglichkeit, sondern schon bei Unzweckmäßigkeit: wegen drohender unverhältnismäßiger Schwierigkeiten, Kosten, Umständlichkeiten, s. auch Planck Nr. 2.

§ 304.

Der Schuldner kann im Falle des Verzugs des Gläubigers Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen mußte.

E. I 261, E. II 258, RV. 298. — Mot. S. 76/7, Prot. S. 33.

1. Einen **vollen Schadensersatzanspruch** gibt der Annahmeverzug im GR. schon deshalb nicht, weil er nicht auf Pflichtverletzung beruht und kein Verschulden erfordert (anders Landrecht I, 11, §§ 102/3; SächsGB. § 750). Dagegen kann ein Ersatz der Mehraufwendungen verlangt werden, s. Dernburg, Pand. II § 43 ff. Dem folgt das BGB. (Über den inneren Grund des Anspruches und ob er auf dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag beruhe s. Mot. S. 76, dagegen Hirsch S. 264/5).

2. Die „**Mehraufwendungen**" können bestehen: in Kosten des erfolglosen Angebots, der weiteren Aufbewahrung, des Rücktransportes usw. Alle diese sind aber nur bei objektiver Angemessenheit zu erstatten („die er .... machen mußte"). Zweifelhaft könnte scheinen, ob auch die Kosten eines vom Schuldner über seine Verpflichtung hinaus vollzogenen Angebotes zu erstatten sind, z. B. der Holschuldner hat beim Gläubiger ein tatsächliches Angebot gemacht und muß nun den Schuldgegenstand zurückschaffen lassen. Der Wortlaut umfaßt solche Fälle streng genommen nicht, s. die Worte ...... machen mußte. Aber rechtspolitisch dürfte ein derartiges Verhalten des Schuldners zu begünstigen sein, wie es nicht minder in weitem Umfange der Verkehrsübung entspricht. Man kann daher wenigstens insoweit den § 304 auf solche Fälle ausdehnen, wo das tatsächliche Überbringen der abzuholenden Ware dem ausdrücklichen oder zu unterstellenden Willen des Gläubigers entsprach, in welchem Fall übrigens auch die Grundsätze der Geschäftsführung, §§ 677 ff., zu einem entsprechenden Ergebnis führen würden.

3. Der Schuldner kann wegen dieser Ansprüche seine Leistung auch gemäß § 273 **zurückbehalten**. Wegen der Zinsen s. § 256.

4. Wo der Gläubiger **zur Abnahme** positiv **verpflichtet** ist (§§ 433, 640), haftet er gegebenenfalls auf vollen Ersatz — aber aus dem Gesichtspunkt des Leistungs=, nicht des Annahmeverzuges.

Zweiter Abschnitt.

Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Erster Titel.

Begründung. Inhalt des Vertrags.

Vorbemerkung zu Titel 1.

1. Eine **allgemeine Theorie für die Entstehungsgründe** der Schuldverhältnisse gibt weder das BGB., noch ist sie an dieser Stelle nötig. Die wichtigste Entstehungsart ist die einer privaten Willensbestimmung. Sie kann sich vollziehen:

a) **zweiseitig: Vertrag.** Davon wird als dem bei weitem wichtigsten Falle in diesem Titel allein besonders gehandelt.

b) **einseitig**: α) Entweder letztwillig: **Vermächtnis**, § 2174. Das fällt ins Erbrecht.

β) oder durch **einseitige Verpflichtungserklärung unter Lebenden.**

Eine solche ließ das Römische Recht im allgemeinen zur Begründung eines Schuldverhältnisses nicht genügen, während das Deutsche Recht (s. Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, 1873) sie in mannigfachen Anwendungsfällen dazu für ausreichend ansah. Von diesen hat das BGB., obwohl grundsätzlich einen Vertrag erfordernd (§ 305), verschiedene übernommen; es sind:

a) **die Stiftung**, §§ 80/2 (s. Mot. S. 175, Planck I S. 147ff., Riebel S. 191ff.), wo die Konstruktion des Aktes als einseitiger Verpflichtungserklärung übrigens vielfach (s. Gierke, Der Entwurf und das deutsche Recht S. 154ff.) bestritten wird. Näheres im allgemeinen Teil.

b) die **Auslobung**, § 657 s. Bem. dazu.

c) die **Schuldverschreibungen auf den Inhaber**, § 793ff., s. Bem. dazu.

d) nach Stammler S. 172 auch der **Vertrag zu Gunsten dritter**, indem der Versprechende dem dritten gegenüber nur aus seiner einseitigen Erklärung haften soll. S. indes dagegen Bem. 2 zu § 328.

e) nicht eigentlich hierhin gehört die verbindliche Kraft der Offerte, § 145, indem hier noch kein Schuldverhältnis, sondern nur eine Willensbindung zu Gunsten eines möglicherweise abzuschließenden Geschäftes entsteht.

2. Die **allgemeinen Vorschriften** über Begriff, Form und Abschluß der Verträge, auch über Punktationen und Vorverträge, behandelt das BGB., soweit nötig, im allgemeinen Teil; es ist daher auch an dieser Stelle nicht darauf einzugehen. Unser Abschnitt enthält nur die Besonderheiten der schuldrechtlichen Verträge.

Zu erwähnen ist insbesondere noch, daß auch der Schuldvertrag in weitaus den meisten Fällen der allgemeinen Regel des BGB. entsprechend formlos gültig ist; Ausnahmen finden sich z. B. in den §§ 566, 766, 780/1 (Schriftlichkeit); 311/3, 518 (gerichtliche oder notarielle Beurkundung).

3. **Finden die Vorschriften der §§ 305ff. auch, soweit tunlich, auf Schuldverhältnisse aus einseitigen Erklärungen** (Nr. 1b) **Anwendung?** E. I hatte das besonders bestimmt, § 343; E. II ließ es als selbstverständlich weg (Prot. S. 448), und man wird es in der Tat anzunehmen haben unter Benutzung der Analogie.

§ 305.

Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

E. I 342, E. II 310, RV. 229. — Mot. S. 175—6, Prot. I S. 447—8, VI S. 163ff.

1. S. Vorbem. zu diesem Titel. **Der Vertrag** muß im allgemeinen zwischen den „Beteiligten" geschlossen werden. Eine **Ausnahme** bildet der Vertrag zu Gunsten

dritter, der in den §§ 328 ff. besonders anerkannt wird; keine dagegen der sog. Vertrag zu Lasten eines dritten (wenn Jemand die Sache oder die Leistung eines dritten verspricht). Denn daraus ist, wenn überhaupt Jemand, nur der Kontrahent verpflichtet. Das Gesetz erwähnt den Fall nicht besonders (anders E. I § 348). Doch ergibt sich seine Zulässigkeit aus allgemeinen Erwägungen und mittelst Analogieschluß aus der Bestimmung des § 415 Abs. 3. Dabei kann die Absicht sowohl die strengere sein, daß sich der Versprechende schlechthin anheischig macht, die Leistung des dritten herbeizuführen, als auch die mildere, daß er nur nach seinen Kräften sich für das Handeln des dritten bemühen will, s. l. 38 §§ 2, 24 D. XLV, 1: dann ist der Vertrag im Rechtssinne als aufschiebend bedingt anzusehen. Im Zweifel wird für diesen mildern Inhalt zu vermuten sein. Andernfalls aber kann gegen den Versprechenden auf Herbeiführung der Leistung des dritten sowie auf Schadensersatz geklagt werden, s. RG. bei Seuffert 44 Nr. 11 S. 14.

2. Daß man auch ein **vorhandenes Schuldverhältnis durch späteren Vertrag ändern** kann, folgt aus dem Grundsatze der Vertragsfreiheit und entspricht dem bisherigen Recht. In solcher „Vertragsreproduktion" ist bei Änderung eines wesentlichen Bestandteils Abschluß eines ganz neuen Vertrages unter Aufhebung des alten zu sehen, dagegen bei bloßer Änderung in Nebenpunkten im Zweifel nur eine Zusatzabrede zum alten Vertrage. S. über die schwierige Frage Degenkolb im ArchZivPrax. **71** 159 ff. und P. Meyer das. **87** 77 ff.

§ 306.

Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.

E. I 344, E. II 295[1], RV. 300. — Mot. S. 161—8, Prot. S. 448—50.

Literatur: Titze, Unmöglichkeit S. 211 ff., Biermann, ArchZivPrax. **91** 79 ff., s. auch die Angaben vor § 275.

1. Der Satz **„impossibilium nulla est obligatio"** folgt eigentlich aus der Natur der Sache und gehört wohl allen Rechtsordnungen an. Es handelt sich dabei:

a) nur um **anfängliche** Unmöglichkeit; über die nachfolgende bestimmen die §§ 275 ff. Aber wann ist die Unmöglichkeit eine anfängliche, wann eine nachträgliche?

α) Sie ist jedenfalls dann eine nachträgliche, wenn das anfängliche bloße Unvermögen sich nachträglich in eine wahre Unmöglichkeit verwandelt, z. B. jemand verspricht ein fremdes Pferd, das später krepiert.

β) Dasselbe gilt, wenn man eine zunächst noch nicht ausführbare, aber nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge sicher herstellbare Leistung verspricht, die infolge eines späteren Umstandes unmöglich wird, z. B. jemand verspricht ein Exemplar eines demnächst erscheinenden Buches, das alsbald nach Erscheinen beschlagnahmt wird.

γ) Zweifelhaft und bestritten ist die Behandlung bedingter Versprechen. Die Meisten lassen den Zeitpunkt des Vertragsschlusses entscheidend sein und behandeln jede später eintretende Unmöglichkeit (Unvermögen) als nachträgliche. So Endemann S. 693—4, Enneccerus S. 467, Kisch, Unmöglichkeit S. 27, 30, Planck zu § 275 Nr. 2, Titze S. 54. Im praktischen Ergebnis auch Kleineidam S. 87 ff. und Fischer S. 42 ff. (der allerdings logisch den Fall zur anfänglichen Unmöglichkeit rechnet, aber wegen des offenbar als Ausnahme gedachten § 308 für das geltende Recht umgekehrt entscheidet). Anders Schollmeyer S. 98.

Für die herrschende Lehre sprechen besonders praktische Gründe, bei unsicherer theoretischer Begründung: da das anfängliche Unvermögen nicht berücksichtigt wird, wohl aber in weitem Umfang (s. §§ 275, 279) das nachträgliche, so würde die gegnerische Auffassung z. B. den verantwortlich erklären, der einem andern einen Gegenstand bestimmt verspricht (z. B. eine seltene Marke oder Münze, falls er die Staatsprüfung besteht), wofern ihm die Marke vor erfüllter Bedingung zufällig abhanden kommt, während er bei unbedingtem Versprechen haftfrei wäre — ein widersinniges Ergebnis! Ferner erschiene § 308 Abs. 2 als selbstverständlich und ganz überflüssig, wenn es für die Frage, ob anfängliche oder nachträgliche Unmöglichkeit, grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Bedingungseintritts ankäme: denn es läge dann in dem dort behandelten Fall eine von vornherein mögliche Leistung vor!

b) nur um **objektive** Unmöglichkeit; einerlei, ob absolut oder relativ, z. B. Verträge über nicht mehr existierende Sachen, über Verkauf einer dem Ausfuhrverbot unterliegenden Ware. Daß die subjektive Unmöglichkeit die Gültigkeit des Vertrages

nicht ausschließe, war herrschende Lehre des GR., s. l. 34, 137 §§ 4, 5 D. 45, 1, Windscheid § 264 No. 2, 3; RG. bei Seuffert 49 Nr. 12; z. T. anders freilich Dernburg, Pand. II § 16, und des Code civil. s. Crome, Grundlehren des französischen Obligationenrechts § 5 Nr. 1. Eine bedeutsame Ausnahme enthält hier freilich Art. 1579.

Auch für das neue Recht ist es herrschende Lehre, daß das bloße Unvermögen der Gültigkeit des Vertrages nicht im Wege stehe. So z. B. Crome S. 160, Enneccerus S. 439, Kleineidam S. 46 ff., Mittelstein, Miete S. 88—9, Planck Nr. 4, Schollmeyer Nr. 1, Siber, Rechtszwang S. 164; nicht minder die Praxis: OLG. Hamburg bei Seuffert 56 Nr. 244 S. 441, OLG. Dresden, OLGRechtspr. VI S. 231, weitere Angaben bei Warneyer zu § 306 Nr. 1. Nur einzelne Autoren erklären den auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrag für „in der Regel nichtig", so (falls das Unvermögen nicht zu heben sei) Stammler S. 107, ferner Dernburg § 61, II, der allerdings, in m. E. unvereinbarem Widerspruch zu der gegenüber Planck von ihm verfochtenen Ungültigkeit des Vertrages, einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse gegen den unvermögenden Schuldner gewährt. Eine Mittelmeinung vertritt Titze S. 247, 251 und Bespr. von Kisch S. 361: der Vertrag ist gültig, aber es sind darauf die Regeln über das nachfolgende Unvermögen anzuwenden, also bei Gattungsschulden Haftung aufs Erfüllungsinteresse, bei Speziesschulden mangels Verschuldens keine Haftung; bei gegenseitigen Verträgen die §§ 323 ff.

Für die herrschende Lehre spricht nicht nur die Entstehungsgeschichte, indem die entsprechende Vorschrift in E. I § 348 später nur als selbstverständlich gestrichen wurde (Prot. S. 455), sondern auch der Wortlaut des Gesetzes, das den Ausdruck „Unmöglichkeit" in strenger Scheidung nur von der objektiven gebraucht und ihr die subjektive als bloßes „Unvermögen" gegenüberstellt, s. § 275 Abs. 1 und 2 sowie Bem. dazu. Wenn § 306 nur die Unmöglichkeit der Leistung den Vertrag nichtig machen läßt, so ist daraus also ein sicheres arg. a contrario zu gewinnen. Beim Kauf ist die Wirksamkeit des Vertrages trotz Unvermögens unterstellt, s. § 434, und zwar keineswegs im Sinne einer besonders ausgesprochenen Sonderregel. Ferner ist doch anzunehmen, daß, wer etwas verspricht, in dem Gegner mindestens das berechtigte Vertrauen persönlicher Fähigkeit zur Leistung erweckt, sodaß es innerlich gerechtfertigt ist, wenn das Gesetz ihn dafür einstehen läßt, s. Kisch, Bespr. von Titze S. 551 ff. Die Mittelmeinungen sind wenig befriedigend; eine Haftung auf das Erfüllungsinteresse trotz Ungültigkeit des Vertrages wäre bestenfalls etwas so Anomales, daß man daran nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift glauben könnte. Und der von Titze angenommene gültige Vertrag, der in den meisten Fällen von vornherein jeder Wirkung beraubt ist, wäre insoweit eine ganz nutzlose Spottgeburt des Gesetzes, die wir ihm nicht ohne zwingendste Gründe zumuten dürfen.

Eine ganz andere Frage ist die, ob der Anspruch aus einem derartigen Vertrage sich nicht von vornherein nur auf Schadensersatz (im Sinne des Erfüllungsinteresses) richte? So außer Dernburg auch Crome und Siber. Man wird dem in Konsequenz des oben zu § 275 Nr. 4 und vor § 275 Nr. 5 Gesagten dann zustimmen müssen, wenn das Unvermögen ein endgültiges, nach dem regelmäßig vorgestellten Verlauf der Dinge nicht zu hebendes ist, z. B. ein gänzlich talentloser Pinscher verspricht die Anfertigung eines Porträts, ein Taubstummer die Veranstaltung eines Vortrages oder einer Musikaufführung. Wird dann auf Leistung geklagt, so kann der Schuldner durch Vorbringen und Beweis des Unvermögens die Verurteilung abwenden. Anders in den häufigeren Fällen eines nur zeitweiligen Unvermögens, wohin besonders fast alle Fälle des Versprechens von Sachen oder Rechten dritter zu rechnen sein dürften. Hier wird einem Leistungsanspruch nichts im Wege stehen (so auch Mittelstein, Miete S 88,9), nicht nicht nur unter den Voraussetzungen des auf die wahre Unmöglichkeit gemünzten § 308. Dies zumal, weil und soweit man vom Schuldner in derartigen Fällen noch Treu und Glauben verlangen kann, daß er Bemühungen zur Abstellung des anfänglich vorhandenen Unvermögens aufwende, z. B. sich um den Erwerb der Sache vom Dritteigentümer bemühe. Hier wird der Gläubiger sogar zunächst auf Leistung klagen müssen, Schadensersatz nur nach Maßstab der §§ 283, 286, 326 begehren können.

War aber das Unvermögen zur Zeit des Vertragsschlusses bereits ein endgültiges, so bleibt es beim Ersatzanspruch. Eine entsprechende Anwendung der von der nachträglichen Unmöglichkeit (Unvermögen) handelnden §§ 323 ff., insbesondere des

§ 325, ist nicht unbedenklich und wird meist verworfen (s. z. B. Planck zu § 325 Nr. 6); ganz sicher ist das freilich nicht, da man übrigens den Ersatzanspruch doch wohl nur auf den gleichfalls zunächst auf jene beschränkten § 275 stützen kann, der einer entsprechenden Anwendung schwerlich eher, als § 325 fähig sein dürfte. So muß die Frage, ob im genannten Fall der Gläubiger statt des Ersatzanspruchs nach Wahl auch ein Rücktrittsrecht habe, als zweifelhaft bezeichnet und weiterer Nachprüfung überlassen werden.

c) Ob der **Grund der Unmöglichkeit im Natur- oder Rechtsgesetz** beruht, ist belanglos; z. B. Vertrag über ein schon totes Tier, über einen verbotenen, einem Ausfuhr- oder Veräußerungsverbot unterworfenen Gegenstand (s. über die Wirkung der Veräußerungsverbote §§ 134/7). Zur zweiten Klasse gehören auch Verträge über öffentliche Sachen, soweit die Veräußerung deren Zwecken widerstreitet, nicht aber auch Verträge über eigene Sachen des Versprechensempfängers, weil hier nach der richtigen Ansicht keine Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, sondern an sich nur (zeitweiliges) Unvermögen, und der Vertrag, wenn überhaupt, aus anderen Gründen (etwa wegen Zwecklosigkeit des Inhalts) ungültig ist.

S. besonders über den Fall des Veräußerungsverbotes Enneccerus S. 443 (Unmöglichkeit, wenn es absolut; bloßes Unvermögen, wenn es im Sinne von § 135 nur relativ wirkt). Verträge über nicht existierende Forderungen sind Verträge über unmögliche Leistungen; ihre in § 437 anerkannte Wirksamkeit beruht auf einem Sondersatz, s. Fischer, Unmöglichkeit S. 29, anders Rehbein S. 156. Ihm ist nur zuzugeben, daß die Unmöglichkeit dabei heilbar ist, was aber nach § 308 ohne die Sondernorm des § 437 den Vertrag nicht retten würde.

Wohl zu scheiden von den Fällen, wo der Vertrag nur wegen juristischer Unmöglichkeit der Leistung, sind die, wo er wegen seines rechtswidrigen oder unsittlichen Inhalts nichtig ist, s. z. B. §§ 138, 309, 310, 312 (in welch letzteren Fällen die Scheidung freilich zweifelhaft sein kann).

d) wegen **vorübergehender** Unmöglichkeit s. § 308; wegen teilweiser Unmöglichkeit § 139, wonach im Zweifel dann der ganze Vertrag als nichtig erscheint, aber keineswegs ausnahmelos, s. auch § 307 Abs. 2.

Ist freilich nur ein relativ kleiner Teil der Leistung unmöglich, so wird das die Gültigkeit des Ganzen kaum beeinträchtigen, und es entsteht dann nur die schwierige und ausschließlich aus der Besonderheit des Einzelfalles zu beantwortende Frage, ob und welchen Einfluß das auf die etwaige Gegenleistung hat, s. darüber Schall im ArchZivPrax. 73 474; l. 57 pr. D. 18, 1. Liegen in Wahrheit mehrere selbständige Schuldverhältnisse vor, so hat natürlich jedes sein besonderes Schicksal.

2. Die Möglichkeit eines **gültigen Garantieversprechens** wegen einer in Wahrheit unmöglichen Leistung wird durch § 308 nicht getroffen, s. Planck Nr. 2.

3. Was auf die wegen Unmöglichkeit ungültige Leistung bezw. auf die versprochene Gegenleistung hin schon geleistet ist, kann nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden, s. dazu Bolze im ArchZivPrax. 76 323 ff.

§ 307.

Wer bei der Schließung eines Vertrags, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrags hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß.

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn die Leistung nur teilweise unmöglich und der Vertrag in Ansehung des möglichen Teiles gültig ist oder wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist.

E. I 345, E. II 259 Abs. 2—3, RV. 301. — Mot. S. 178—9, Prot. S. 450—4.

Literatur: W. Brock, Das negative Vertragsinteresse, 1902, Dissertation von Schmidt, Greifswald 1900, gemeinrechtlich: Melliger, culpa in contrahendo, 1898.

1. Daß derjenige, der die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß, auf das sog. **negative Vertragsinteresse** haftet — nicht auf das positive, da ja ein gültiger Vertrag nicht zustande gekommen ist — entspricht der herrschenden Lehre des Gemeinen Rechts (ohne Grund läßt Dernburg, Pand. II § 16 auf das positive Interesse haften) sowie dem Landrecht I, 5, § 51.

Dem folgt nunmehr auch das BGB.

Über den Begriff des negativen Interesses (z. B. Reisekosten, Ablehnung anderweiter Angebote) und seine Begrenzung durch den Umfang des positiven, s. Bem. zu § 122, dessen Bestimmungen die entsprechenden des § 307 insoweit genau nachgebildet sind. Daß sich die Haftung bei übernommener Garantie auf das positive Interesse erstrecken kann, ist zu § 306 bemerkt; eine derartige gesetzliche Erweiterung der Haftpflicht findet sich in § 437.

2. **Voraussetzungen**: Die Haftung aus § 307 setzt, wie nach bisherigem Recht, **Fahrlässigkeit** voraus. Und zwar genügt nach dem allgemeinen Haftungssystem gewöhnliche (leichte) Fahrlässigkeit. Daß das „Kennenmüssen" diese Bedeutung hat, ergibt sich zudem schlagend aus § 122 Abs. 2 in Verbindung mit § 275. S. auch Mot. S. 178.

Sehr streitig ist indes, ob die Partei nicht wenigstens dann nur für schwerere Verschuldungsarten hafte, wenn sie aus dem als gültig unterstellten Vertrage allein deswegen verantwortlich sein würde. Dafür besonders Titze S. 226, Fischer-Henle zu § 521 Anm. 3, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 5, anders die herrschende Meinung, so Enneccerus S. 440, Kaufmann Nr. 3da, Kipp zu Windscheid S. 271, Kleineidam S. 38, Planck Nr. 1 Abs. 2, Schollmeyer S. 154.

Der Wortlaut spricht für die Verneinung der Frage, aber innere Gründe für ihre Bejahung. Enneccerus sagt freilich, es fehle hier die Bereicherung des Empfängers, die den Grund für die milde Haftung des Gebers darstelle. Gewiß — aber wer beabsichtigt, ein dem Gegner einseitig vorteilhaftes Geschäft abzuschließen, von dem kann man doch nicht beim Abschluß mehr Sorgfalt verlangen als bei der Durchführung. Gerade weil die Vertragsverhandlungen schon in gewissem Sinne Teil des Vertragsverhältnisses sind, soll der Kontrahent bereits ihretwegen — vertragsmäßig — haften, also doch auch wohl mit den Milderungen, wie sie sich aus dem Vertragsverhältnis selbst ergeben würden. Der Gegner muß das vertragliche Moment der Verhandlungen, auf das er sich zu seinen Gunsten beruft, auch zu seinen Ungunsten gelten lassen.

3. Es haftet „**wer** bei der Schließung . . . . kennt oder kennen muß", also **nicht nur der Versprechende**, an den zunächst zu denken ist, sondern gegebenenfalls auch der **Versprechensempfänger**. Denn auch bei ihm können die Voraussetzungen zutreffen, auch er kann seinen Gegner durch die fruchtlosen Verhandlungen schädigen (indem er ihn zu Aufwendungen verleitet, ihn von der Möglichkeit anderweiter Beschaffung der Gegenleistung abbringt).

4. Liegt auch ein **Kennen oder Kennenmüssen des Gegners** vor, so entfällt die Haftung. Das beruht auf einem ähnlichen Gedanken wie der Wegfall des Ersatzanspruches wegen mitwirkenden Verschuldens nach § 254.

Fraglich ist dabei, ob ein äquivalentes Verschulden des Beschädigten erfordert wird, oder ob jedes „Kennenmüssen" bei ihm auch den auf wahrem Kennen des Gegners beruhenden Anspruch ausschließt. Der Wortlaut scheint eher für letztere Alternative zu sprechen; die Analogie von § 254 und innere Gründe dagegen für erstere. Ich glaube dieser um so eher den Vorzug geben zu sollen, als das Gegenteil auf eine offenbare Begünstigung des doch sonst im BGB. durchgängig besonders scharf behandelten Vorsatzes hinauslaufen würde. Auch verträgt der Wortlaut diese Auslegung: man braucht bloß die zweite Alternative von S. 2 ausschließlich auf die entsprechende zweite Alternative von S. 1 zu beziehen! Anderer Ansicht freilich die herrschende Lehre, besonders Planck Nr. 1 Abs. 2, Brock S. 132,

Kuhlenbeck=Staudinger Nr. 5, Matthiaß S. 331. Aber sie kommen sämtlich über eine Berufung auf den Wortlaut nicht hinaus, und dieser ist, wie eben dargelegt, nicht unzweifelhaft. Dagegen läßt eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens (im Sinne von § 254) eintreten RG. ZS. VII vom 18. X. 1904, Seuffert 60, Nr. 186, S. 352.

5. Ist bei **teilweiser Unmöglichkeit** der ganze Vertrag nichtig (s. Bem. Nr. 1c zu § 306), so kommt Abs. 1 zur Anwendung, entgegengesetztenfalls tritt die dort angeordnete Ersatzpflicht nur bez. des nichtigen Teiles ein.

6. Bei **alternativen Schuldverhältnissen** bewirkt die Unmöglichkeit der einen Leistung eine Beschränkung auf die andere, § 265. Dadurch kann der eine Teil geschädigt werden: indem er um das ihm sonst etwa zustehende Wahlrecht kommt, indem er ferner nun die volle Gefahr der zweiten Leistung trägt. Aber dieser Schaden wird schwerlich der sein, den Abs. 2 vom fahrlässigen Gegner ersetzt werden läßt, denn er gehört doch eher zum positiven als zum negativen Interesse. Gedacht ist wohl eher an die unnützen Unkosten, die jemand wegen der sich als ungültig herausstellenden einen Alternative aufgewendet hat, eine Ablehnung anderweiter Offerten in Bezug auf sie, auch an das Mehr der wegen der vermuteten alternativen Richtung des Anspruches versprochenen höheren Gegenleistung. S. dazu ausführlich Brock S. 134ff. und besonders Pescatore, Wahlschuldverhältnisse, S. 253ff.

7. Haftet, wer eine unmögliche Leistung verspricht, abgesehen von seiner etwaigen Ersatzpflicht aus § 307 nicht auch auf Abtretung des Ersatzanspruches im Sinne von § 281? Dafür Cosack, dagegen mit Recht Kleineidam S. 43 und oben Bem. 3 zu § 281 (mit weiteren Angaben). Denn § 281 setzt einen Schuldner voraus, der den Ersatz als Surrogat seiner ursprünglichen Pflicht herauszugeben hat. Der Kontrahent im Falle des § 307 aber wird mangels Verschuldens gar kein Schuldner!

8. Was den **Rechtsgrund des Anspruches** aus § 307 anlangt, so überlassen die Motive seine Feststellung der Wissenschaft. Vier Ansichten sind hervorzuheben:

a) abzulehnen ist zunächst die Annahme einer stillschweigend übernommenen oder gesetzlich auferlegten Garantie. Gegen jene Nuance spricht ihre völlige Unerfindlichkeit im Parteiwillen, man müßte denn zu reinen Fiktionen greifen; gegen beide die Beschränkung der Haftung auf die Fälle der Verschuldung.

b) die Annahme einer deliktischen oder quasideliktischen Verpflichtung ist um so bedenklicher, als dann der § im Gesetz eigentlich an unrechter Stelle stände; es würde ferner der Fall von der analogen und doch sicher nicht deliktischen Haftung des § 122 völlig getrennt. Auch die Römer ließen in den entsprechenden Fällen die Kontrakts= und nicht die Deliktsklagen zu.

c) nach Brock S. 97—8 stehen die Ansprüche als selbständige Rechtsfigur zwischen Delikts= und Vertragsansprüchen in der Mitte. Aber dafür ist kein Grund einzusehen; für die Frage der praktischen Behandlung ferner ist damit nichts gewonnen. Ähnlich wie Brock auch Planck Nr. 6 (weder Delikts= noch Vertragsanspruch).

d) es bleibt die Annahme, daß es sich um die Verletzung, zwar nicht einer reinen Vertragspflicht, aber doch einer bei Gelegenheit von Vertragsverhandlungen einem jeden als Kontrahenten obliegenden Verpflichtung handle: in diesem Sinne liegt eine Verletzung rechtsgeschäftlicher, weil beim Abschluß von Rechtsgeschäften schon vor ihrem Abschluß auftauchender Pflichten vor (culpa in contrahendo).

So auch im wesentlichen Meisner Nr. 3, Fischer=Henle Nr. 1, Kleineidam S. 37ff., Kuhlenbeck=Staudinger Nr. 8, Schollmeyer Nr. 3, Titze S. 231.

Darum ist auch die Verjährung die gewöhnliche und nicht die kürzere der Ansprüche aus unerlaubten Handlungen. So auch neben den zu d) die zu c) genannten Autoren. Unerfindlich ist es aber, mit Kleineidam S. 41 stets die dreißigjährige Verjährung anzunehmen, selbst wenn der Anspruch aus dem gültigen Vertrag kürzer verjährbar wäre. Dagegen Titze S. 229. Es stehen doch immer Ansprüche, wennschon nicht aus Verträgen, so doch aus Vertragsverhandlungen von der Art in Frage, wie sie das Gesetz für die kürzere Verjährung in Betracht zieht. Deren Grund ist doch nicht die Eigenart der Ansprüche, sondern die der Lebensverhältnisse, deren schnelle Abwicklung das Gesetz damit erzwingen will. Und dieser Grund trifft auch für die hier fraglichen Ansprüche zu.

Dagegen ist eine Erstreckung der Bürgschaften und Pfandrechte auf diese im Zweifel nicht anzunehmen, weil sie in der Regel nur als Sicherung für die Erfüllung der übernommenen Leistungspflicht bestellt werden.

9. **Beweis:** Der Beschädigte muß die Voraussetzungen von S. 1 beim Gegner dartun; diesem steht dann der Gegenbeweis des konkurrierenden Verschuldens des Klägers offen.

§ 308.

Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit des Vertrages nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird.

Wird eine unmögliche Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins gehoben wird.

E. I § 346, E. II § 260, RV. § 302. — Mot. S. 180, Prot. S. 454—5.

1. Der § 308 bestimmt über die Wirkungen der **aufhebbaren Unmöglichkeit** in wesentlicher Übereinstimmung mit dem GR. und SächsGB. (§ 796). Sie steht im allgemeinen der dauernden gleich, wenn nicht einer der in § 308 bezeichneten Ausnahmefälle vorliegt. An solche Fälle, wo die Unmöglichkeit schon ihrer Natur nach eine nur zeitweilige, vorübergehende ist, denkt dabei das Gesetz nicht — die Gültigkeit eines auf sie gerichteten Versprechens ist auch ohne die besonderen Voraussetzungen des § 308 selbstverständlich; man wird hier vielleicht mit Kipp zu Windscheid S. 272 besser statt von Unmöglichkeit von bloßen Hindernissen der Leistung sprechen, s. auch Biermann ArchZivPrax **91** 90, Fischer, Unmöglichkeit S. 32. Z. B. ein Anstreicher verpflichtet sich während eines Frostwetters, ein Haus zu streichen; ein Kutscher während Tauwetters zu einer bestimmten Anzahl von Schlittenfuhren; ein noch nicht zugelassener, aber vor der Zulassung stehender Anwalt zur Führung eines Anwaltsprozesses.

Ebensowenig an solche, wo die Pflicht des Schuldners gerade darauf geht, die Vorbedingungen für die jetzt noch nicht tunliche Leistung herzustellen, z. B. jemand verpflichtet sich zur Lieferung einer von ihm erst herzustellenden oder anzuschaffenden Sache.

Gemeint sind vielmehr solche Fälle, wo die Dauer der Unmöglichkeit eine an sich — absolut oder im Hinblick auf die für den Vertragszweck in Betracht kommende Zeitspanne — unbegrenzte ist, aber mit ihrem Wegfall infolge eines vielleicht eintretenden neuen Ereignisses gerechnet werden kann, z. B. Versprechen eines beschlagnahmten Buches, Vertrag über Aufführung eines verbotenen Stückes, wenn gegen die Beschlagnahme des Verbots Rechtsmittel eingelegt sind oder sonst ihre Aufhebung zu erwarten steht; Verkauf eines gesunkenen Schiffes oder seiner Ladung; Vertrag über Errichtung einer Mietskaserne auf einem versumpften (aber der Trockenlegung fähigen) oder mit baupolizeilicher Beschränkung belegten Boden.

2. Im Fall des **Abs. 1** steht der Vertrag unter zwei Bedingungen:

a) die Unmöglichkeit muß gehoben werden können;

b) er muß gerade unter der entsprechenden Bedingung geschlossen sein. Daß dies ausdrücklich geschehe, wird nicht erfordert; es genügt, wenn der Vertrag mit vollem Bewußtsein gerade wegen der erst als künftig vorgestellten Möglichkeit geschlossen ist (anders beim Vertrag über eine bereits jetzt als möglich vorgestellte Leistung).

Diese Bedingung soll nach Titze S. 216 eine Rechtsbedingung sein, schwerlich zutreffend — vielmehr geht in derartigen Fällen der Parteiwille nicht auf Leistung sofort, sondern erst nach der als möglich vorgestellten Beseitigung des Hindernisses. Rechtsbedingung ist nur die zu a), nicht die zu b).

3. Im Fall des **Abs. 2** ist eine derartige Voraussetzung (Nr. 2b) nicht nötig: die Parteien brauchen nichts von der Sachlage gewußt zu haben; es genügt die objektive Tatsache der Hebung des Hemmnisses vor Eintritt der Bedingung oder Befristung. Wenn die Möglichkeit nachher wieder wegfällt, so ist das nur noch als nachfolgende Unmöglichkeit anzusehen, und wenn die Bedingung noch nicht eingetreten war, gilt § 160. Ähnlich Kisch, Unmöglichkeit S. 29, Schollmeyer Nr. 2. Titze S. 220—1 spricht hier von einer auflösenden Rechtsbedingung, was m. E. nichts fördert.

4. Die römische **Ausnahme** beim Versprechen einer res extra commercium ist dem BGB. fremd. —

Über die entsprechenden Fälle bei Vermächtnissen s. § 2171.

§ 309.

Verstößt ein Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot, so finden die Vorschriften der §§ 307, 308 entsprechende Anwendung.

E. I 347, E. II 261, RB. 303. — Mot. S. 180, Prot. S. 455.

1. Es ist in den Fällen des § 309 nicht notwendig, daß gerade die **Leistung** gesetzlich unzulässig war, sondern es fallen alle derartigen **Verträge** darunter. S. über den Begriff des Verstoßes gegen usw. Weyl, Verschuldensbegriffe S. 342ff.: es genügt zur Unterstellung unter die in § 309 behandelte Kategorie ein rein objektiver Tatbestand, unabhängig von einem subjektiven Verschulden oder sonstigem Verhalten.

Dagegen findet der Satz auf Verträge gegen die guten Sitten keine Anwendung; sie werden im Sinne des BGB. als selbständige Kategorie behandelt, § 134 gegenüber 138. Und auch inhaltlich würde er schwerlich auf sie bezogen werden können; denn was unsittlich sei, muß der eine Kontrahent im allgemeinen ebensogut beurteilen können wie der andere. Und ein Spekulieren auf eine Änderung der guten Sitten (§ 308) wäre selbst unsittlich. Wucherische Verträge (138²) verstoßen freilich teilweise (im Rahmen der Wuchergesetze) zugleich gegen gesetzliche Verbote, dann fallen sie auch insoweit unter § 309. Gegen die Anwendbarkeit des § 309 auf unsittliche Verträge auch Enneccerus S. 444, Schollmeyer S. 161, teilweise anders Kipp zu Windscheid S. 272 Nr. 4, besonders für den Fall, daß dem Promissar die Sittenwidrigkeit des Vertrages nicht bekannt war. Aber solche Fälle sind nur schwer denkbar; sollte einmal ein solcher nachweislich sein, dann könnte allerdings vielleicht eine entsprechende Anwendung der §§ 307, 309 in Frage kommen.

2. Meist wird zwar nach dem Satze „error iuris nocet" auch der Gegner die Verbotswidrigkeit haben kennen müssen. Aber nötig ist das schon deshalb nicht, weil dieser Satz zum mindesten im Sinne des BGB. sicherlich nicht ausnahmslos gilt (lokale Polizeiverordnungen, ausländisches Recht). Und dann kann nach § 307 Nr. 4 das Kennenmüssen des Beschädigten den Anspruch bei wahrem Kennen des Gegners überhaupt nicht ausschließen.

§ 310.

Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil seines künftigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauche zu belasten, ist nichtig.

E. I 350¹, E. II 262, RB. 304. — Mot. S. 186—7, Prot. S. 457—8.

1. Der § 310 ist eine der vielen sozialpolitischen Schutzbestimmungen des BGB.; es verstößt (Mot. S. 186) „gegen die öffentliche Ordnung, daß jemand sich gewissermaßen seiner Erwerbsfähigkeit begibt und damit zugleich allen Antrieb zum Erwerb verliert". Nach Gemeinem Recht waren derartige Verträge in der Regel gültig, s. die Nachweise bei Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 1.

Wo der genannte Grund wegfällt, greift auch das Verbot nicht Platz, also zwar bei Schenkung (Mot. S. 187), Gesellschafts- Leibrentenvertrag, aber nicht bei letztwilligen Verfügungen (§§ 1941, 2274ff.) und gütergemeinschaftlichen Verträgen (§§ 1432, 1437ff.). Übrigens beseitigt der entgeltliche Charakter des bez. Vertrages die Anwendbarkeit des § 310 nicht.

2. Es handelt sich nur um **Übertragungsverträge oder Belastungen mit Nießbrauch**; andere Verträge über das künftige Vermögen sind also an sich zulässig, z. B. Verpfändung (d. h. mit nur obligatorischer Wirkung); ebenso eine societas quoad usum.

3. Es müssen Übertragungsverträge **des Vermögens oder einer Quote** in Frage stehen; das Versprechen einer künftigen Einzelsache oder eine Mehrheit solcher wird nicht getroffen.

4. Es muß sich um das **künftige** Vermögen handeln; wegen des gegenwärtigen s. § 311.

5. **Haftung des Versprechenden auf das negative Vertragsinteresse?** Rechnet man die unter § 310 fallenden Verträge zu den gesetzlich verbotenen, so ist darauf § 309 und mittelbar 307 anwendbar, die Frage also unter den dortigen Voraussetzungen zu bejahen. So Schollmeyer Nr. 1, Endemann § 102 Anm. 1. Erachtet man den Grund der Vorschrift des § 310 in der Unsittlichkeit derartiger Verträge (wegen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Freiheit, so muß man sie mit Planck und Kuhlenbeck-Staudinger verneinen. Vermittelnd Enneccerus S. 444 (es kommt darauf an, ob der Vertrag im Einzelfall unsittlich ist), dem ich zustimme: denn es geht schwerlich an, einen dem sozialen Interesse nach Ansicht des Gesetzgebers widersprechenden Vertrag um deswillen in allen Fällen auch als sittenwidrig zu brandmarken, schon deshalb nicht, weil das gesetzliche Verbot schematisierend sein muß, von der für die Frage der Unsittlichkeit entscheidenden individualisierenden Betrachtungsweise Abstand nimmt. Andererseits ist nicht abzusehen, warum ein unter § 310 fallender Vertrag niemals sittenwidrig sein könne.

§ 311.

Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauche zu belasten, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

E. 350², E. II 263, RV. 305. — Mot. S. 187—9, Prot. S. 458.

1. Die Formvorschrift des § 311 entspricht der sozialen Tragweite und Gefährlichkeit derartiger Verträge, die andererseits zuzulassen angesichts der damit vielfach verbundenen, durchaus anerkennenswerten Zwecke notwendig war (Altenteilsvertrag!).

2. Die Form wird erfordert für den obligatorischen Vertrag. Daneben müssen für die einzelnen Bestandteile des Vermögens zur dinglichen Übereignung die besonderen dafür bestimmten Formen verwendet werden. Denn eine Gesamtnachfolge erzeugt der Vertrag des § 311 nach neuem Rechte ebensowenig wie bisher. S. Mot. S. 188.

Andererseits findet der Satz auf alle obligatorischen Verträge Anwendung, entgeltliche wie freigebige (z. B. Kauf, Gesellschaft, Schenkung).

3. Gefordert wird nur gerichtliche oder notarielle **Beurkundung**, nicht ein derartiger Abschluß des Vertrages selbst, s. § 128 und den Vorbehalt für die Landesgesetze in EG. Art. 141/2, (s. dazu die Angaben in den Kommentaren).

4. § 311 bestimmt nur über die **Form**; über die etwaigen inhaltlichen Grenzen derartiger Akte (etwa wegen eines Pflichtteilsanspruches, § 2325) ist hier nicht zu reden.

5. Die Schuldenhaftung des Übernehmers bestimmt sich nach § 419.

6. **Heilung** des Mangels durch Auflassung und Eintragung ist hier, anders als nach § 313, nicht vorgesehen. Daraus läßt sich wohl mit dem OLG. Frankfurt, Rspr. OLG. VIII S. 36 ein arg. a contrario gewinnen. Für diese verneinende Entscheidung spricht auch die Erwägung, daß die „Heilung" in aller Regel doch nicht den „ganzen Inhalt" des Vertrages betreffen würde, sondern nur einzelne Stücke, was dann wegen der Einheit des Vertragszweckes und der Gegenleistung Schwierigkeiten machen müßte. Höchstens bei erfolgter Übertragung aller Einzelstücke ließe sich eine entsprechende Verwertung des § 313 rechtfertigen.

§ 312.

Ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten ist nichtig. Das Gleiche gilt von einem Vertrag über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlaß eines noch lebenden dritten.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf einen Vertrag, der unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder

den Pflichtteil eines von ihnen geschlossen wird. Ein solcher Vertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

E. I 349, E. II 264, RV. 306. — Mot. S. 182—6, Prot. S. 456—7.

1. **Bisheriges Recht**: Die Ungültigkeit des pactum de hereditate tertii fand sich bekanntlich bereits im Gemeinen Recht; sie soll hier nach der Ansicht des RG. (Entsch. 4 125) schlechthin eintreten, während Dernburg, Pand. III § 127 weniger weit geht. Auch das Landrecht (I, 11, § 446) verwirft solche Verträge, gestattet sie aber unter Intestaterben (I, 12, § 649), und unter anderen Personen wenigstens bei Beitritt des Erblassers. Letzteres auch in Rom nach l. 30 C. II, 3. E. I sprach sich für die unterschiedslose Nichtigkeit aus, was aber in E. II entsprechend der Kritik durch Beifügung von Abs. 2 gemildert wurde.

2. **Anwendungsgebiet**: Die Verbotsbestimmung trifft jeden Vertrag dieser Art, ohne daß es auf die causa ankäme. Auch das ist — im Gegensatz zu §§ 300—1 — gleichgültig, ob der Nachlaß übertragen oder nur mit dem Rechte eines dritten belastet werden soll.

Ebensowenig macht es, vom Fall des Abs. 2 abgesehen, einen Unterschied, ob der Versprechende als künftiger gesetzlicher, testamentarischer oder Vertragserbe, ebensowenig auch, ob er über den Nachlaß eines bestimmten dritten oder des noch unbestimmten künftigen Erblassers kontrahiert. Auch die Handlungsunfähigkeit oder Verschollenheit des Erblassers kann daran nichts ändern, wohl aber seine erfolgte Todeserklärung: denn dann erscheint er eben nicht mehr als „lebender" dritter (§ 18 BGB.).

Was vom Vertrage über den ganzen Nachlaß gilt, gilt auch von dem über eine Quote, aber nicht von dem über bloße Einzelsachen. Anders freilich Schiffner, Erbvertrag S. 205—6. Aber ich sehe nicht ein, wieso der innere Grund des Verbotsgesetzes auch für derartige Fälle gelten soll. Wofern solche Abreden im Einzelfall sittenwidrig, sind sie schon nach § 138 nichtig; sie darüber hinaus auszuschließen, liegt umsoweniger Anlaß vor, als sie im Leben aus naheliegenden Gründen niemals einen bedenklichen Charakter annehmen werden.

Anders steht es allerdings mit Abreden über den Pflichtteil; das ergibt der sie nur für gewisse Fälle zulassende Abs. 2. Aber das erklärt sich leicht daraus, daß der Pflichtteil wenn auch nicht körperlich, so doch rechnerisch eine bestimmte Quote des gesetzlichen Erbteils bildet, nicht an bestimmten konkreten Einzelstücken haftet. Für ihn greift in der Tat der Grund des Verbots vollauf durch.

3. **Beitritt des dritten**: Das Verbot greift durch trotz etwaiger Zustimmung des dritten, da es an einer Ausnahme für diesen Fall fehlt. Anders nur, wenn er als wahrer Kontrahent auftritt; dann liegt eben eine Verbindung von Erbvertrag und Erbverzicht vor nebst einem etwaigen Abfindungsversprechen des Erwerbers, und damit hat das Geschäft die Bedeutung eines Erbschaftsvertrages eingebüßt.

4. Eine **Ausnahme vom Verbot** gibt Abs. 2. Ein Erbvertrag oder Erbverzicht (§ 2346) liegt im fraglichen Fall nicht vor, sondern nur eine obligatorische, in ihrer Geltung durch das gesetzliche Erbewerden des Betreffenden bedingte Abrede. Durch dessen testamentarische Berufung wird sie hinfällig und kann auch nicht auf den testamentarischen Erbteil, soweit er den gesetzlichen übersteigt, erstreckt werden. Denn insoweit liegt eben keine gesetzliche Erbschaft mehr vor, über die doch allein nach § 312 paktiert werden kann. Dagegen liegt in der Berufung gerade auf den gesetzlichen Erbteil doch wohl eine Anerkennung und Bestätigung des gesetzlichen Erbrechtes.

Auch eine Enterbung vernichtet an sich den Vertrag, er müßte denn ausdrücklich oder stillschweigend als für diesen Fall gerade über den Pflichtteil errichtet anzusehen sein.

5. Nach Wendt, ArchZivPrax. **92** 28 ist § 312 auch anwendbar auf einen Vertrag, durch den die **Teilung des demnächstigen Nachlasses** eines lebenden dritten ausgeschlossen wird; oder durch den man sich verpflichtet, das **Testament nicht anzufechten, den Pflichtteilsanspruch nicht geltend zu machen** usw. Denn auch hier bilde doch überall der Nachlaß des dritten schließlich das Objekt der Vereinbarung. Dem wird man grundsätzlich beitreten; im weiteren Sinne sind auch das Verträge „über den Nachlaß", und alle solche, nicht nur Veräußerungen, schließt § 312 aus.

6. Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung bestimmt sich nach § 128; s. Bem. dazu.

§ 313.

Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.

E. I. 351, E. II 265, RV. 307. — Mot. S. 189—91, Prot. S. 458—64, D. S. 72.

Literatur: Gutbrod, Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag, 1904, Oberneck, Grundbuchrecht, Aufl. 3 S. 381ff., Tochtermann, Beiträge zur Erläuterung des § 313, 1902; Turnau-Förster, Grundbuchrecht, Aufl. 2 S. 337ff. Rechtspolitisch: Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages I S. 18ff. (Dorst), II S. 105ff. (Stranz), 389ff. (Hänschke), III S. 431ff.

1. **Bisheriges Recht:** Geschäfte über Immobilien sind wegen ihrer sozialen Tragweite vielfach einer bestimmten Form unterworfen, so im Landrecht (I, 5, § 135) und im SächsGB. § 822. Ihnen folgt teilweise in § 313 das BGB. und setzt sogar an Stelle der Schriftlichkeit die in § 313 angegebene Form, und zwar nach § 134 bei Vermeidung der Nichtigkeit.

2. **Anwendungsgebiet:**

a) § 313 bezieht sich, wie aus dem Wortlaut und der Stellung im System deutlich hervorgeht, nur auf den obligatorischen Immobiliarveräußerungsvertrag; für den dinglichen Übertragungsakt sind die §§ 873, 925 maßgebend.

b) Im Gegensatz zu einem Teil ihrer Vorgängerinnen erstreckt sich die Formvorschrift nicht auf alle Geschäfte über Immobilien, sondern nur gerade auf den auf **Eigentumsübertragung gerichteten** Verpflichtungsvertrag, nicht auf den Vertrag über Rechte an fremder Sache. Auch eine ausdehnende Auslegung ist bei dem Ausnahme-Charakter des § 313 untunlich; so auch RG. Bd. 50 Nr. 18 S. 77 und RG. bei Seuffert 59 Nr. 183 S. 326. Zweifelhaft ist das nur beim **Erbbaurecht** wegen § 1017 Abs. 2. Wenn hier die Sätze über den Eigentumserwerb auf dasselbe anwendbar erklärt werden, so bezieht sich das zunächst nicht auf unsere nur obligatorische Abrede. Aber der Grund der Bestimmung ist doch, den Erwerb des Erbbaurechtes von denselben Voraussetzungen abhängig zu machen, wie den des Eigentums, und diese Gleichstellung ginge verloren, wenn eine Verpflichtung zur Bestellung desselben formlos gestattet würde. Daher hat die bejahende Antwort am meisten für sich, wie auch die Protok. S. 464, mit freilich schwacher Begründung, anerkennen. Wie hier die meisten, so Gierke, Sachenrecht S. 619, Oberneck S. 503, dagegen freilich Goldmann-Lilienthal S. 363 und dort Zitierte, weil nur das entstandene Erbbaurecht den Regeln der Grundstücke unterworfen werde. Aber diese Erwägung beseitigt nur die Verwertbarkeit des ersten, nicht auch die des zweiten Absatzes von § 1017 für unsere Frage! Ganz zweifellos ist freilich ihre Bejahung nicht. Anders als hier auch Planck Aufl. 3 Nr. 1 in Abänderung seiner früheren Ansicht.

c) Innerhalb des zu a—b angeführten Rahmens gilt die Vorschrift allgemein; sie gilt für alle entsprechenden Schuldverträge ohne Rücksicht auf die Eigenart des Schuldgrundes, nicht für den Kauf allein, sondern auch für Tausch, Schenkung, Vergleich (Oberneck S. 386) usw. Sie gilt ferner gleichmäßig, auch wenn der Vertrag auf Leistung an einen dritten gerichtet ist, s. RG. 50 Nr. 35 S. 165, Turnau S. 346. — Einzelfälle:

α) § 313 ist auch auf den **Vorvertrag** über Immobiliarveräußerung, sei es direkt, sei es entsprechend, anzuwenden, denn andernfalls würde der rechtspolitische Zweck der Bestimmung — mag man übrigens über sie de lege ferenda denken wie man will — auf die bequemste Weise von der Welt vereitelt werden können. Die

dem Gesetzgeber unerwünschte bindende Kraft des formlosen Immobiliarveräußerungsvertrages würde durch ein Hintertürchen wieder eingeführt, wenn aus der formlosen Abrede zwar nicht auf die Auflassung selbst, aber auf formgerechten Abschluß des zu ihr verpflichtenden Hauptvertrages geklagt werden könnte. So auch die fast allgemeine Meinung, s. statt aller Endemann S. 617—8, Kipp zu Windscheid S. 252, Oberneck S. 383. Anders nur Riezler bei Staudinger I S. 320, der aber in Aufl. 2 S. 422 unter dem Einfluß von Stintzings „Vorverpflichtung" seine Meinung modifiziert hat. Für den Formzwang auch wiederholt das RG., s. Bd. 48 Nr. 31 S. 136, Bd. 53 Nr. 60 S. 238.

β) Anwendbar ist die Bestimmung aus ähnlichen Gründen auch auf den Vertrag, durch den sich jemand einem anderen gegenüber verpflichtet, das Eigentum von einem Grundstück an einen näher zu bestimmenden dritten zu übertragen. Er kommt insbesondere vor, wenn es sich um eine Summe von Grundstücken oder ein größeres, in eine Vielheit von Parzellen zu zerschlagendes Grundstück handelt, und die einzelnen Parzellen an eine Mehrheit von durch den Vertragsgegner vorher zu bestimmenden dritten veräußert (aufgelassen) werden sollen (**Parzellierungsvertrag**). Juristisch wird darin bald ein Vorvertrag bald ein Veräußerungsvertrag zu Gunsten dritter bezw. eine Vielheit von solchen zu finden sein — auf alle Fälle ist die Unterstellung unter die Formvorschrift sicher. So auch RG. Bd. 50 Nr. 35 S. 164ff., Seuffert 57 Nr. 57 S. 95, OLG. Königsberg, RsprOLG. II S. 463, OLG. Marienwerder das. III S. 188, weitere Angaben bei Neumann I S. 217 oben. Ebenso Turnau-Förster S. 338.

γ) Die herrschende Ansicht unterstellt dem § 313 auch den Vertrag, durch den man einem andern ein (persönliches) **Vorkaufsrecht** an einem Grundstück bestellt, oder durch den man sich zur Einräumung eines dinglichen Vorkaufsrechtes verpflichtet. So besonders die Praxis: s. RG. I S. III vom 4. XI. 1904, Bd. 59 Nr. 40 S. 133, OLG. Jena vom 28. VIII. 1900 bei Seuffert 56 Nr. 72 S. 126, KG. in Rspr. OLG. II S. 74, OLG. Braunschweig vom 15. I. 1904, DJZ. 1905 S. 824, s. auch die Angaben bei Neumann I S. 218. Gegen die Anwendung, wenigstens beim dinglichen Vorkaufsrecht, Oberneck S. 591 (mit weiteren Angaben für und wider), weil dieses nur eine Grundstücksbelastung, der Vertrag über seine Einräumung also nur ein Belastungsvertrag sei. Aber das sieht mehr auf die Form als auf die Sache: denn jedenfalls ist das Vorkaufsrecht eine solche Belastung, mittelst deren im Gegensatz zu anderen Belastungen eine Eigentumsübertragung erzwungen werden kann. Darum trifft § 313 nach seinem rechtspolitischen Grunde auf den in Frage stehenden Vertrag unbedingt zu.

δ) Der Gesellschaftsvertrag unterliegt dem § 313, soweit ein Grundstück „quoad sortem" (also nicht nur zur Benutzung) in das Gesellschaftsvermögen eingebracht werden soll, s. Tochtermann S. 23 und die dort, sowie bei Neumann I S. 219 Angeführten. Zweifelhaft ist das nur dann, wenn mehrere Miteigentümer ein Grundstück in das Vermögen der gerade zwischen ihnen bestehenden Gesellschaft einführen. Für die Anwendbarkeit spricht, daß die Gesellschafter ihr gewöhnliches Miteigentum mit freien Anteils- und Verfügungsrechten dadurch verlieren und fortan dafür Teilnehmer an dem wesentlich anders gestalteten gesamthänderischen Rechtsverhältnis sind. Man kann also mit Tochtermann S. 24 (s. auch Staub zu § 105 Anm. 27, Achilles, Grundbuchrecht I S. 40) den Vorgang so auffassen, daß die Miteigentümer sich jeder zur Übereignung seines ideellen Anteilsrechtes verpflichten, um dafür einen Anteil am Gesamteigentum (der jenem übrigens auch quantitativ nicht gleich zu sein braucht) zu empfangen.

ε) Auch die Übertragung eines Handelsgeschäfts, zu dem ein Grundstück gehört, unterliegt der Form, OLG. Posen, RsprOLG. VIII S. 436.

ζ) Endlich unterliegen auch **Abänderungsverträge** des ursprünglichen Vertrages dann dem Formzwang, wenn sie sich auf wesentliche Punkte beziehen (so auch Oberneck S. 385, OLG. Posen bei Seuffert 57 Nr. 207 S. 390, OLG. Königsberg vom 15. X. 1902, Rspr. VI S. 40), nicht nur bloße Nebenabreden darstellen (so auch RG. 51 181, sowie wegen der Nebenabreden unten Nr. 3). Andernfalls werden sie, wenn formlos geschlossen, unberücksichtigt gelassen, es sei denn, daß sie zugleich eine Aufhebung des alten Vertrages bedeuten oder dieser doch als für den Fall ihrer Nichtwirksamkeit dem Willen der Parteien nicht mehr entsprechend zu erachten ist: alsdann bewirken sie seine Aufhebung (s. auch unten Nr. 6, 7c).

d) **Unanwendbarkeit der Formvorschrift.**

In verschiedenen anderen, auf den ersten Blick zweifelhaften Fällen ist § 313 nach der richtigen Ansicht nicht anzuwenden:

α) Beim Auftrag zur Anschaffung eines Grundstücks. So RG. 54 Nr. 33 S. 78, OLG. Colmar, 2. II. 1904, in Rspr. OLG. VIII S. 438, OLG. Jena, 10. V. 05, Recht 1905 S. 471. Allerdings ist darin eine Pflicht des Beauftragten zur Eigentumsübertragung an den Auftraggeber enthalten, aber nur als nebensächliche, selbstverständliche Konsequenz. Ebensowenig ist die Vollmacht zur Eigentumsübertragung der Form unterworfen, § 167 Abs. 2.

β) Formfrei ist der Wandlungsvertrag (§ 465) hinsichtlich eines veräußerten Grundstücks (so auch Oberneck S. 387, Planck zu § 465 Nr. 2aa a. E., anders Eccius bei Gruchot 43 328, Kober-Staudinger zu § 465, III 1c, weitere Angaben bei Neumann I S. 221 Anm. 21). Denn er ist nichts freiwilliges, sondern eine vom Gesetz vorgeschriebene besondere Form der Durchführung einer dem Käufer bei Mängeln des erstandenen Grundstücks gesetzlich zustehenden Befugnis. Das Gesetz kann diesen als erzwingbar anerkannten Erfolg nicht erschwert sehen wollen. Das wäre barer Widersinn.

γ) Formfrei ist die **Übertragung** der durch Veräußerungsverträge im Sinne des § 313 erworbenen Rechte. So die herrschende Lehre: Dernburg § 80 Anm. 9/10 (obwohl der Zweck der Formvorschrift auch bei ihr zutreffe), Landsberg DJZ. 01 350, Tochtermann S. 11, besonders aber RG. 53 Nr. 69 S. 270. Anders Brettner, Recht 1900 S. 319, Scherer Anm. 7. Durch die Übertragung wird ja gar keine Übereignungspflicht hervorgerufen, sondern nur die Person des Berechtigten geändert. Höchstens für die Person (Vermeidung von Übereilungen), nicht aber auch in der Sache (Sorge für tunlichste Stabilität des Grundbesitzes) träfe der rechtspolitische Zweck der Formvorschrift zu, und dieser sachliche Zweck ist für sie entschieden überwiegend.

δ) Dasselbe gilt erst recht von dem Vertrage, durch den ein Übereignungsvertrag im Sinne von § 313 wieder aufgehoben werden soll. Solcher **Aufhebungsvertrag** unterliegt dem § 313 weder nach dem Wortlaut noch nach dem Zweck — er dient ja geradezu der Stabilität des Grundbesitzes, um deretwillen der Übereignungsvertrag erschwert wird. So auch Peltasohn DJZ. 04 809, Tochtermann S. 13, OLG. Posen bei Seuffert 57 Nr. 207 S. 390.

ε) Auch der Vertrag, durch den sich jemand ausschließlich zur **Aufgabe** des Grundeigentums verpflichtet, ist formlos (Oberneck S. 385, Neumann I S. 217) — er fällt nicht unter den Wortlaut des § 313 und ist sozial schwerlich als besonders gefährlich zu erachten —; ebenso derjenige, wodurch man sich zum Erwerb des Eigentums von einem dritten verpflichtet (Oberneck S. 384).

3. **Einzelne Vertragsbestandteile; Nebenabreden.** Die Vorschrift des § 313 bezieht sich, wie auf den ganzen derartigen Vertrag, auch auf seine **Teile**; ist auch nur eine objektive oder im Sinne der Parteien wesentliche Geschäftsbedingung nur mündlich formuliert, so fällt mit ihr der ganze Vertrag hin. Ob auch der Preis gerichtlich oder notariell beurkundet werden muß, ist nicht ganz sicher, aber wohl zu bejahen, dafür OLG. Breslau vom 25. VI. 1902 bei Seuffert 58 Nr. 96 S. 182, aber auch RG. daselbst 59 Nr. 53 S. 92, wo nur eine ziffermäßige Bestimmtheit des — objektiv bestimmbaren — Preises als nicht notwendig in der Vertragsurkunde enthalten erachtet wird, während die Vereinbarung übrigens darin vollzogen sein müsse. M. E. ist diesem Erkenntnis in allen Punkten beizutreten, sodaß zwar die Preisvereinbarung, aber nicht notwendig die Preisbestimmung dem Formzwang unterliegt. Dies m. E. gleichmäßig, mag nun der Preis bereits nach dem Vertrage als solchem bestimmbar, oder die Bestimmung nach § 315 offen gelassen sein. Warum sollen die Parteien nicht auch bei der Grundstücksveräußerung die Preisbestimmung durch einen von ihnen oder einen dritten vollzogen werden lassen können, in welchem Fall sie dann durch formlose Erklärung (§ 315 Abs. 2) erfolgen würde? Dagegen kann man es schwerlich zulassen, daß die Preisbestimmung im Vertrage ausdrücklich oder stillschweigend einer späteren beiderseitigen formlosen Vereinbarung überlassen werde. Denn dann ist die Willensübereinstimmung der Parteien so, wie sie stattfinden soll, noch gar nicht vollendet; die formell vereinbarte Abrede höchstens eine bloße Punktation, die nachherige Preisvereinbarung dagegen wesentlicher Bestandteil des (formgebundenen) Hauptvertrages.

Schwierig ist die Frage des Formzwanges bei **Nebenbestimmungen** (soweit sie auf die Verpflichtung des Verkäufers Bezug haben), z. B. Zusicherungen über Größe und Eigenschaften, Nebenleistungen, Leistungszeit usw. Das RG. 51 Nr. 43 S. 180 unterwirft sie der Form nur, soweit sie „das Veräußerungsgeschäft" selbst betreffen, nicht auch, wenn sie mit diesem nur in indirektem Zusammenhang stehen; dagegen Laband DJZ. 03 69. In der Tat ist die Formulierung nicht sehr klar; aber sachlich dürfte damit wesentlich das Richtige getroffen sein. Es wird darauf ankommen, ob die Nebenabrede sich auf die Verpflichtung zur Übereignung mitbezieht, sie erläutert, erschwert, einschränkt usw. Alsdann fällt sie unter § 313. Hatte sie aber einen davon an sich unabhängigen Inhalt, z. B. sie bezog sich auf selbständige Nebenverpflichtungen, die der Veräußerer übernimmt (Lieferung von Inventar neben dem Grundstück; Übernahme der Pflicht, dem auf dem veräußerten Grundstück zu errichtenden Gebäude das Licht nicht zu verbauen; dem dort zu eröffnenden Geschäft keine Konkurrenz zu machen), so ist sie formlos gültig. Man wird dahin vielleicht alle die Abreden rechnen dürfen, die, vom Hauptvertrag abgesehen, auch als selbständiger Vertrag hätten getroffen werden können, sodaß die Verbindung mit jenem nur eine zufällige ist (z. B. der Verkäufer übernimmt noch die Pflicht, ein Zimmer streichen oder tapezieren zu lassen), während formbedürftig diejenigen sind, die nur als Bestandteile des Hauptvertrages Sinn und Bedeutung erhalten, z. B. die Zusicherung gewisser Eigenschaften des Grundstücks; so auch wegen dieser Eccius bei Gruchot 43 309; ihm folgend RG. 52 Nr. 1 S. 1. Doch ist die ganze Frage schwierig und näherer Prüfung bedürftig. Nebenabreden in Bezug auf die Gegenleistungen des Erwerbers sind stets formfrei. S. wegen der Folgen eines Formfehlers bei Nebenabreden unten Nr. 6 a. E.

4. **Die Form** des § 313 ist die der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung im Sinne des § 128, s. Bem. dazu. Das Landesrecht kann dafür die eine oder andere Form als die alleinige vorschreiben und hat davon öfters Gebrauch gemacht, s. EG. Art. 141 und Nachweisungen dazu; wegen Bayerns (nur notarielle Form) insbesondere Oertmann, Bayer. Landesprivatrecht S. 132 ff., 293 (die versehentlich stehengebliebene Anm. 1 auf S. 180 ist zu streichen); Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 7.

5. **Rechtswirkungen des formgerechten Immobiliarveräußerungsvertrages** (s. Turnau S. 350). Aus ihm kann jede Partei auf Erfüllung klagen, insbesondere der Gegner auf Vollzug der Auflassung; er kann begehren, daß der Veräußerer zu dem im Vertrag bestimmten Termin vor dem Grundbuchamt zur Abgabe der entsprechenden Erklärung erscheine. Bei Nichterscheinen kommt dann der Veräußerer in Verzug, und der Gegner gewinnt die Rechte aus § 326 oder, wenn der Vertrag kein gegenseitiger ist, die allgemeinen Rechte aus §§ 284 ff.

Davon, daß der Schuldner eingetragener Eigentümer ist, ist die Klage auf Auflassung nicht abhängig, da auch andernfalls nicht notwendig ein endgültiges Leistungsunvermögen anzunehmen ist. Liegt ein solches vor, so kommen die allgemeinen Regeln darüber zur Anwendung (s. §§ 275 ff., 306 ff.).

6. **Der formlose Veräußerungsvertrag** umgekehrt ist, wennschon mit der Heilungsmöglichkeit durch Auflassung (Nr. 7), doch wenigstens zunächst **absolut nichtig.** Es entsteht daraus auch keine natürliche Verbindlichkeit (so Kipp bei Windscheid S. 176, Ubbelohde Iherings Jahrb. 38 216, Tochtermann S. 54, dagegen Oertmann OestGZ. 1902, Sonderabdruck S. 12). Denn nach der Auflassung hat er volle, vorher gar keine Wirkung; für die von den Genannten angenommene halbe Wirkung ist niemals Raum, s. auch Vorbem. vor § 291 Nr. 5.

Daher wird denn auch dem Gegner, der auf den nichtigen und noch nicht durch Auflassung geheilten Vertrag hin geleistet hat, der Bereicherungsanspruch (condictio indebiti) nicht zu versagen sein; die abstrakte Heilungsmöglichkeit steht ihm schon deshalb nicht entgegen, als er ihretwegen höchstens als bedingter Schuldner (im Sinne einer Rechtsbedingung) erachtet werden kann, einem solchen aber bekanntlich die condictio indebiti zusteht, s. § 813 und Bem. dazu.

War nur eine Nebenabrede formlos, so ist an sich nur sie ungültig (und auch das nur unter den Voraussetzungen zu Nr. 4); das hat aber möglicherweise gemäß § 139 (s. Bem. dazu) auch die Ungültigkeit des Hauptvertrages zur Folge, wenn die Nebenabrede im Sinne der Parteien wesentlich war.

7. **Heilung des Formmangels.**

Sie soll nach dem Text eintreten, wenn **Auflassung und Eintragung** erfolgt sind. Dies nach dem Muster des Preußischen Gesetzes vom 5. V. 1872, § 10. Über die Erfordernisse der zur Heilung führenden Auflassung s. Turnau S. 342, 347 ff.

Im einzelnen ist zu bemerken:

a) die Auflassung usw. heilt nur den Formmangel aus § 313; andere etwaige Ungültigkeitsgründe des Vertrages, z. B. Willensmängel, werden dadurch natürlich nicht ohne weiteres gedeckt, es sei denn, daß in der Auflassungserklärung zugleich eine rechtswirksame Bestätigung gefunden werden kann.

b) die Auflassung muß sich, um heilend zu wirken, auf die **Gesamtheit der rechtsunwirksam veräußerten Vertragsobjekte** beziehen. Also:

α) Waren mehrere Grundstücke veräußert, und erfolgt die Auflassung und Eintragung nur bei einem von ihnen, so wird der Vertrag keinesfalls „in seinem ganzen Umfang", d. h. auch wegen der nicht aufgelassenen, wirksam, sondern nur wegen des einen, Planck Nr. 3, OLG. Posen bei Seuffert 58 Nr. 207 S. 390, Rspr. VI S. 43; anders Dernburg § 80, IV, a. E., der durch Teilauflassung den ganzen Vertrag, und Brettner, Recht 01 489, der dadurch überhaupt nichts gültig werden läßt. Da nun aber der Vertrag teilweise nichtig bleibt, kann das möglicherweise, nach § 139, dazu führen, auch hinsichtlich des an sich gültig werdenden Teiles es bei der Nichtigkeit zu belassen. S. auch die Angaben bei Warneyer BGB. zu § 313 Nr. 32 und für den Fall einer Teilauflassung eines einzigen Kaufgrundstücks, das. 30 (die Annahme der dort mitgeteilten Naumburger Entsch., daß in diesem Fall der Mangel geheilt werde, ist sehr bedenklich).

β) Waren zwei Grundstücke **tauschweise** veräußert, so heilt Auflassung und Eintragung bei einem den Mangel nur bei ihm, nicht auch bei dem dafür eingetauschten Grundstück. Da aber der Tausch ein gegenteiliger Vertrag ist, bleibt er wegen des sogen. „genetischen Synallagma" folgerecht in seiner Gesamtheit solange ungültig, als nicht auch in Bezug auf das andere Grundstück der Mangel geheilt wird. So auch die herrschende Lehre in Theorie und Praxis, s. z. B. Enneccerus S. 436, Gierke, Sachenrecht S. 451, Matthiaß S. 384, Oberneck S. 391, Planck Nr. 3, Schollmeyer Nr. 2a, RG. Bd. 56 Nr. 94 S. 386 (mit treffender Begründung), sowie die Erkenntnisse bei Warneyer zu § 313 Nr. 31. Anders freilich Dernburg III § 89 Nr. 8, Rehbein S. 163; OLG. Kiel in Rspr. VIII S. 36. Es mag zugegeben werden, daß der Wortlaut der Gegenmeinung nicht ungünstig ist; aber Sinn und Zweck der Vorschrift sprechen entscheidend dagegen. Es hat sich in unserem Fall nicht nur „der eine Teil", sondern ebensogut „der andere Teil" zur Übereignung verpflichtet, und bei diesem Doppelvertrag bedarf es sinngemäß nicht nur „der Auflassung", sondern „der Auflassungen".

c) Die Auflassung muß, um heilend zu wirken, auf den formlosen Vertrag hin erfolgen. Eine vorher aus einem anderen Grunde oder sine causa erfolgte Auflassung ist nicht geeignet, einen späteren formlosen Vertrag zu decken; weder Wortlaut noch Sinn des § 313 würden das Gegenteil rechtfertigen. So auch Turnau S. 349 unten. In solchem Falle bliebe nur der Weg eines — entgeltlichen oder unentgeltlichen — Verzichts auf den Bereicherungsanspruch.

d) Andererseits wirkt die Auflassung auch, wenn sie zu Gunsten eines Zessionars des ursprünglichen Gläubigers erfolgt, so mit Recht Tochtermann S. 66, Turnau S. 347.

e) Die Auflassung usw. heilt den Vertrag mit Wirkung ex nunc; rückwirkende Kraft ist ihr bei dem völligen Mangel eines darauf hinweisenden Vermerkes im Gesetz nicht zuzubilligen; es liegt nicht Bestätigung im Sinne des § 141 vor. So auch Gierke, Sachenrecht S. 451, Oberneck S. 392, Tochtermann S. 60. Anders Planck Nr. 4 und Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 6, die in der Auffassung eine Bestätigung nach § 141 finden, Schollmeyer Nr. 3, der sie wenigstens im Sinne der Parteien rückwirken läßt, und Türcke, Nr. 4. Aber § 313 läßt die Heilung durch die Tatsache der Auflassung und Eintragung erfolgen; eine Bestätigung im Sinne eines privatgeschäftlichen Aktes ist dazu weder ausreichend noch erforderlich. Nicht ausreichend: weil ein Teil des heilenden Aktes, die Eintragung, gar kein privates Geschäft ist, die Auflassung allein, auch wenn sie in Bestätigungsabsicht geschieht, zur Heilung nicht genügt. Nicht erforderlich: weil es bei der Auflassung im Sinne des § 313 auf einen besonderen Bestätigungswillen gar nicht ankommt; auch eine unter der irrigen Vorstellung einer Verbindlichkeit des formlosen Vertrages vollzogene danach als wirksam erachtet werden muß. Und daß die Rückwirkung dem Parteiwillen entspräche, ist unerfindlich — wenn überhaupt, ist dieser nur in dem Sinne anzunehmen, daß die Parteien ihre zur Zeit noch vorhandene Willensübereinstimmung nach Maßgabe ihres derzeitigen Inhaltes wirksam gemacht wissen wollen.

Daraus folgt:

α) Die Heilung bezieht sich auch auf Abänderungsverträge (so auch Goldmann-Lilienthal S. 365).

β) Sie bezieht sich auch auf nachträgliche Nebenabreden.

γ) Andererseits werden (ursprüngliche und nachträgliche) Nebenabreden nur wirksam, soweit in Bezug auf sie zur Zeit der Auflassung und Eintragung noch Willensübereinstimmung besteht. Ein einseitiger Widerruf einer Nebenabrede in der Zwischenzeit nimmt dieser die Heilungsmöglichkeit. So auch die ständige Praxis, z. B. RG. 52 Nr. 1 S. 1, RG. bei Gruchot 48 793 (7. XI. 1903), RG. 57 Nr. 37 S. 166 (JS. V vom 5. III. 1904); OLG. Dresden in Rspr. VIII S. 37; OLG. Cassel das. IX S. 283; Oberneck S. 328, Gierke aaO. S. 451. Aber die verbliebene Willensübereinstimmung wird mangels dagegen sprechender besonderer Umstände in der Regel vermutet werden dürfen.

f) Auflassung und Eintragung machen den Vertrag „seinem ganzen Inhalt" nach gültig, also auch hinsichtlich solcher Punkte, die an sich nicht formbedürftig gewesen wären und nur, weil Bestandteile des formbedürftigen Vertrages, von dessen bisheriger Unwirksamkeit mitbetroffen wurden, z. B. Nebenabreden (oben Nr. 3). Aber auch die Abrede soll nach RG. JS. V vom 20. IV. 1904, Seuffert Bd. 59 Nr. 194 S. 346, wirksam werden, wonach von den veräußerten Grundstücken eine Parzelle demnächst zurückzuübertragen ist. Wohl mit Recht!

g) Zweifelhaft ist nur der Fall, wenn zu einem formgültigen Immobiliarveräußerungsvertrag formlose und daher ungültige (s. oben Nr. 4 a. E.) Nebenabreden hinzugekommen waren. Daß diese nicht durch Auflassung usw. geheilt werden, wollen einige Autoren aus § 313 herauslesen, da dort ein formloser Hauptvertrag vorausgesetzt werde. Aber solche Einschränkung ist widersinnig. Da die Ungültigkeit der Nebenabrede möglicherweise wegen § 139 eine solche des ganzen Vertrages bewirkt (s. Nr. 6 a. E.), so hätte in solchem Falle die Auflassung usw. weniger Kraft gegenüber einem teilweise als gegenüber einem gar nicht formgerechten Vertrage! Dagegen gilt der Satz: „in maiore minus" — ein Akt, der sogar den Mangel des Ganzen zu heilen vermag, muß das erst recht können in Bezug auf den bloßen Teil. So auch Tochtermann S. 72/3 (mit weiteren Angaben), Goldmann S. 365, Schollmeyer Nr. 2b.

8. **Geltungsbeginn:** § 313 gilt auch bei solchen Grundstücken, für die noch kein Grundbuch angelegt ist, OLG. Frankfurt bei Seuffert 56 Nr. 71 S. 124. Er gilt ferner bei deutschen Kontrahenten auch dann, wenn sie Anwendbarkeit eines fremden Rechts (etwa des Rechts der res sita) vereinbart haben, s. RG 27. V. 1905 in DJZ. 05 866.

§ 314.

Verpflichtet sich jemand zur Veräußerung oder Belastung einer Sache, so erstreckt sich die Verpflichtung im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache.

E. I 790, E. II 265a, RB. 308. — Mot. III S. 65—6.

1. Auch der § 314 bezieht sich auf **Verträge aller Art**, ohne Rücksicht auf den Verpflichtungsgrund. Der Begriff der „Veräußerung" ist ein allgemeiner, mit nichten auf den Kauf beschränkt. Aber stets muß es sich um einen obligatorischen Vertrag handeln; das ergeben — im Gegensatz zu E. I § 790 — Stellung und Wortlaut des § 314. S. dazu für den dinglichen Vertrag § 926 Abs. 1 S. 2; für Vermächtnisse § 2164 Abs. 1.

2. Die Regel des § will nur **„im Zweifel"** eintreten; sie ist eine Auslegungsvorschrift — kein ergänzender Rechtssatz —, die gerechtfertigt wird „durch die wirtschaftliche Bedeutung der Nebensache für die Hauptsache" (Mot. III S. 65).

3. Der **Begriff des Zubehörs** ergibt sich aus § 197.

4. Gemeint ist das **Zubehör zur Zeit des Vertragsschlusses**. Das war in E. I besonders vermerkt und ist in E. II nur deshalb nicht wiederholt, weil es bei der veränderten Stellung des § als selbstverständlich erschien, s. Reatz I S. 402. In der Tat entspricht das im allgemeinen dem zu unterstellenden Parteiwillen und dem Grundsatz des § 242; es kann aber auch ein anderes anzunehmen sein, so wenn es

sich um langbefristete Verbindlichkeiten und um bestimmungsgemäß dem Wechsel unterworfene Zubehörstücke handelt. Dann wird in der Regel der Bestand zur Zeit der Erfüllung maßgebend sein. So auch Planck.

5. Daß der Veräußerer **Eigentümer** des Zubehörs sei, wird nicht erfordert; er muß auch das einem dritten gehörige gegebenenfalls dem Gläubiger verschaffen.

§ 315.

Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.

Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem andern Teile.

Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird.

E. I 353, E. II 266, RB. 309. — Mot. S. 1902, Prot. S. 464—5.

Literatur: Recke, ArchBürgR. 20 136ff., Leist, Vereinsrecht S. 44, de Claparède, Leistungsverzug S. 59ff.

1. **Ermessen:** Wie im bisherigen Recht, braucht auch im BGB. die Leistung nicht bestimmt zu sein; es genügt Bestimmbarkeit, sei es durch menschliche Festsetzung, sei es durch objektive Ereignisse (Geschäftsbedürfnis usw.). Nur muß immer eine wahre sachliche Willensbindung vorliegen, und andererseits darf die Freiheit und Selbständigkeit des Schuldners nicht beeinträchtigt werden. Aus dem ersteren Grunde kann nicht dem völlig freien Belieben des Schuldners, aus dem andern nicht dem des Gläubigers die Bestimmung schlechthin überlassen werden; dies schon wegen § 138. Wohl aber kann sie laut § 315 auf das Ermessen eines von ihnen gestellt werden, wie im bisherigen Recht. Und zwar:

a) auf das billige Ermessen, arbitrium boni viri. Das soll nach Abs. 1 „im Zweifel" anzunehmen sein, wie auch im GR., Landrecht (I, 5, 71) und Code.

Wieweit dem „billigen Ermessen" die Bestimmung überlassen werden könne, ist nicht sicher, s. dazu Dernburg § 86, I: nach ihm müssen sich immer „Richtung und Ziel" übersehen lassen; es kann nicht ganz grenzenlos alles etwa als billig zu Erachtende der späteren Bestimmung überlassen werden. Vielleicht läßt sich besser aus dem typischen Geschäftszweck die Grenze ziehen; dieser muß bereits feststehen, und nur der Umfang dessen, was zu seiner Erreichung zu dienen hat, kann nach billigem Ermessen bestimmt werden. Dagegen geriete man ins Bodenlose, wollte man dem billigen Ermessen sogar die Feststellung des Geschäftszweckes selbst überlassen. Also kann z. B. die Auswahl des gekauften Gegenstandes aus einem größeren Ganzen, z. B. aus dem Warenlager oder Vermögen des Schuldners, aber auch wohl darüber hinaus allgemein; die Fixierung des Kaufpreises dem billigen Ermessen überlassen werden, nicht aber die Bestimmung darüber, ob die Leistung überhaupt in Sachen, Diensten, Werken usw. bestehen soll. Zu eng erschiene eine Begrenzung durch die besonderen Parteizwecke — denn der Vertrag wird häufig gerade darum die Bestimmung offen lassen, um den verschiedenen noch nicht übersehbaren Parteizwecken Spielraum zu lassen.

b) Aber auch ein freies, einfaches Ermessen wird durch den Wortlaut des Gesetzes, das nur „im Zweifel" billiges Ermessen entscheiden läßt, als zulässig anerkannt. Freilich müssen dabei die oben angegebenen Grenzen beobachtet werden, also der Willkür des einen und anderen gewisse objektive Schranken gesetzt sein, etwa durch die Geschäftsgebräuche, die Geschäftslage, das Bedürfnis. Auch die freie Willkür schadet der Geltung nicht, wenn sie nur innerhalb gewisser Grenzen vereinbart ist,

z. B. Auswahl aus mehreren im Vertrage aufgeführten Sorten oder Formen; zumal da, wo bei ungleichem Wert der einzelnen der Umfang der Gegenverpflichtung verschieden normiert ist, sich also immer mit der so oder so vollzogenen Bestimmung unmittelbar mit verschiebt. Daraus ergibt sich die fast allgemein zugegebene Gültigkeit des sog. „Kaufes mit Spezifikation", s. Oertmann im ArchZivPrax. 85 205ff., der ja nunmehr auch für das Gebiet des Handelsrechts ausdrücklich anerkannt ist. Mit dem hier Gesagten stimmen im wesentlichen überein Schollmeyer Nr. 3 (auch Bestimmungen über Art, Inhalt, Höhe der Leistung können grundsätzlich dem Parteibelieben überlassen werden), Leist aaO., Enneccerus, Kisch bei Grünhut 29 357 und jetzt auch Planck Nr. 1, ferner Recke S. 138. Anders Endemann S. 661, der Verträge der zu b) geschilderten Art grundsätzlich als nichtig ansieht. Dem ist mit Enneccerus und Planck nur unter der freilich leicht eintretenden Voraussetzung zuzustimmen, daß dabei ein Verstoß gegen § 138 vorliegt. Denn es verstieße allerdings gegen die guten Sitten, wenn der Schuldner der Willkür des Gläubigers auf Gnade und Ungnade ausgeliefert würde.

2. Die **vorbehaltene Bestimmung** kann sich auf Modalitäten der Leistung beziehen: Art, Umfang, Ort, Zeit usw. S. z. B. den Fall bei Seuffert 40, Nr. 101 S. 154 — lediglich es Versprechen des Arbeitgebers, seinen Arbeiter „versichern" zu lassen.

3. Die **fehlende Ergänzung** erfolgt, wenn dem Ermessen einer der Parteien überlassen, gemäß Abs. 2 durch empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem andern Teil, § 130ff. Hierdurch wird das Schuldverhältnis näher individualisiert; ein Widerruf des Erklärenden ist folgerecht wirkungslos, ebenso eine spätere Änderung der einmal angesetzten Summe (OLG. Hamburg bei Seuffert 56 Nr. 46 S. 82).

4. **Wie, wenn die Erklärung ausbleibt oder verzögert wird?**

a) Vorfrage ist, ob die Partei zur Vornahme der vorbehaltenen Bestimmung nur berechtigt oder auch verpflichtet ist. Die Frage wird sich nicht allgemein beantworten lassen (so auch Crome S. 44); für ihre unterschiedslose Bejahung im Fall der nach billigem Ermessen zu treffenden Bestimmung (dafür freilich Planck Nr. 4, Recke S. 319) spricht auch nicht Abs. 3 S. 2, da das hier erwähnte Urteil ein sog. Konstitutivurteil sein dürfte (s. unten b). Doch wird in den vielleicht meisten Fällen die Erklärung in der Tat im Sinne einer Pflicht übernommen sein; so wohl beim Spezifikationskauf (s. Oertmann aaO. S. 220ff.), so auch wohl überall da, wo die Bestimmung dem Schuldner überlassen ist: denn unmöglich kann man ihm gestatten, durch Unterlassung der Bestimmung das Recht des Gläubigers dauernd lahmzulegen.

b) Bleibt die nach billigem Ermessen zu treffende Erklärung aus, so soll sie nach Abs. 3 durch Urteil ersetzt werden. Es ist dabei zu klagen auf Vollzug der nach Billigkeit zu bestimmenden Leistung, wenn der Gegner; auf Festsetzung ihres Umfanges, wenn der Kläger dabei Schuldner ist. Keinesfalls bedarf es zweier Klagen — einer auf Bestimmung der Leistung, hernach einer weiteren auf ihren Vollzug —, so auch Planck Nr. 3, Kisch, Urteilslehre S. 134, anders anscheinend Mot. S. 192—3. Aber auch, wenn sich die Klage auf jene beschränkt, liegt darin keineswegs eine Feststellungsklage; der Richter setzt nicht etwa einen schon vorhandenen Umfang der Verpflichtung fest, sondern ruft ihn erst durch sein Urteil ins Leben: Das Urteil ist konstitutiv, s. Kipp S. 19, Kisch, Urteilslehre S. 134, anders Schollmeyer Nr. 4. Das ist klar, wenn die Bestimmung durch die Partei überhaupt noch nicht vollzogen war; es trifft aber auch zu, wenn sie in unbilliger und daher (Abs. 2) unverbindlicher Art bereits erfolgt war. Allerdings ist die unbillige Erklärung nicht als nichtig, sondern nur als in besonderer Weise anfechtbar zu erachten; der Gegner kann sie gegen sich gelten lassen (s. auch Schollmeyer Nr. 4), und sie besteht so lange zu Recht, als sie nicht geändert ist. Aber indem diese Änderung gerade durch das Urteil geschieht, ist dieses eine rechtsgestaltende, den bisherigen Rechtszustand umändernde Entscheidung. Und zwar ist die Umänderung nicht nur als quantitative, sondern auch nach Lage des Falles als qualitative möglich.

Hat der Kläger bereits eine nach seiner Meinung billige Entscheidung getroffen, so klagt er natürlich nicht auf richterliche Bestimmung, sondern entweder auf Leistung oder auf Feststellung, wobei die gewöhnlichen Voraussetzungen der Feststellungsklage zu erfordern sind (Planck Nr. 3, anders Goldmann-Lilienthal S. 368 und meine Aufl. 1). Der Beklagte kann dann durch Widerklage die Herabsetzung des nach seiner Meinung zu hohen Betrages fordern (s. Kisch aaO.). Eine Widerklage erscheint deshalb als notwendig, weil ein Antrag auf richterliche Rechtsgestaltung vom

Kläger in dem hier geschilderten Fall nicht gestellt ist, ohne Antrag aber der Richter sie nicht vollziehen kann.

Eine schuldhafte Zögerung wird dabei nicht erfordert (a. A. Mot. S. 192, wie hier Planck Nr. 4). Das ergibt der allgemeine Wortlaut und die Analogie des Annahmeverzuges.

Ein etwaiger Interesseanspruch des Gegners wird durch das Gesagte natürlich nicht berührt. Seine Voraussetzungen sind die allgemeinen; insbesondere ist er natürlich auf die Fälle beschränkt, wo der in Anspruch zu Nehmende zum Vollzug der Bestimmung verpflichtet ist.

c) Für die anderen Fälle bestimmt das Gesetz nichts. Daß hier keine allgemeine Pflicht zur Abgabe der Erklärung besteht (s. oben a), wird fast überall angenommen (so auch Planck Nr. 5, anders Schollmeyer S. 177 und meine Aufl. 1). Besteht sie im Einzelfall, was möglich ist (s. Crome S. 44, de Claparède S. 60), so darf der Gegner jedenfalls auf Vornahme der Bestimmung klagen und eventuell nach §§ 887--8 ZPO. vollstrecken lassen, d. h. mit Übergang des Wahlrechts in der Vollstreckungsinstanz, wenn dies tunlich. Besteht sie aber nicht, so wird man mit Cosack § 84, III 2d, Enneccerus S. 381, Planck Nr. 5 (die aber mit Unrecht ausschließlich diesen Fall ins Auge fassen....) den Vertrag in diesen Fällen bei Verzögerung unwirksam werden lassen wegen der Höchstpersönlichkeit des Wahlrechts. Ebenso Goldmann-Lilienthal S. 367. Für den Spezifikationskauf bestimmt nunmehr HGB. § 375 geradezu Übergang des Wahlrechts vom säumigen Käufer auf den Verkäufer.

5. **Unbilligkeit der Bestimmung:** Ist die nach billigem Ermessen zu treffende Bestimmung unbillig, so gilt das oben zu 4b Gesagte. Klagt in diesem Fall der Bestimmende selbst, so kann der Beklagte auf anderweite Festsetzung durch das Gericht antragen; klagt der Gegner, so wird er Verurteilung des Bestimmenden auf den der Billigkeit entsprechenden Betrag statt des unbilligerweise bestimmten fordern.

6. Der § 315 kommt nicht überall da zur Anwendung, wo die Leistung nicht ausdrücklich fixiert ist; man hat vielmehr zunächst zu untersuchen, ob nicht eine **stillschweigende Festsetzung** bereits im Vertrage erfolgt ist, was bei Vorhandensein von Taxen, Laden- und Lagerpreisen für die Gegenleistung zu unterstellen sein wird. S. Prot. S. 466; ferner besonders §§ 612, 632 und 653, vgl. Bem. dazu.

7. **Anwendungsgebiet:** Der § 315 beschränkt sich nicht auf gegenseitige Verträge; auch außerhalb ihres Bereiches kann der Gläubiger wie der Schuldner großes Interesse daran haben, daß der Umfang der Leistung baldigst und daß er billig festgestellt werde.

8. Über die **Beweislast** gelten die allgemeinen Grundsätze; namentlich muß der Bestimmende nach dem klaren Wortlaut von Abs. 3 die Billigkeit der vollzogenen Leistung beweisen. So auch Goldmann-Lilienthal S. 370.

9. Anders als der in § 315 geregelte liegt der Fall, wenn die nähere Bestimmung der Leistung einem Vertrage, einer Übereinkunft der Parteien überlassen ist. Dann liegt eine sog. Punktation vor, deren etwaige Klagbarkeit sich nach den Regeln des allgemeinen Vertragsrechts bestimmt. Dahin gehört u. a. der Fall, wenn bei einer Darlehenshingabe vereinbart ist, es sollten Zinsen „nach Übereinkunft" gezahlt werden. Erfolgt die Übereinkunft nachher nicht, so ist darum nicht ohne weiteres anzunehmen, daß jede Zinspflicht entfalle. Vielmehr hat das OLG. Hamburg bei Seuffert 53 Nr. 220 S 397 — für Gemeines Recht — zutreffend dahin entschieden, es seien dann die angemessenen (üblichen) Zinsen zu zahlen.

§ 316.

Ist der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung nicht bestimmt, so steht die Bestimmung im Zweifel demjenigen Teile zu, welcher die Gegenleistung zu fordern hat.

E. I 354, E. II 267, RV. 310. — Mot. S. 192—3, Prot. S 465—7.

1. Der § 316 regelt nur einen besonderen, praktisch wichtigen Fall aus dem weiteren Bereiche des Gebietes von § 315. Er setzt voraus:

a) einen gegenseitigen Vertrag;

b) eine bloße Unbestimmtheit der Gegenleistung, und zwar hinsichtlich des Umfanges, während die Leistung bestimmt ist.

2. Auch von § 316 sind die Fälle auszuscheiden, wo der Umfang der Leistung stillschweigend sowie durch Bezugnahme auf Taxen oder dergl. objektiv bestimmt ist, s. Bem. Nr. 6 zu § 315. S. auch §§ 612, 632, 653.

3. Die Besonderheit des § 316 bezieht sich nicht auf den Inhalt der Bestimmung, sondern auf die Person des Bestimmenden; im übrigen greift auch für unseren Fall § 315 Platz, wie E. I zum Überfluß besonders aussprach.

§ 317.

Ist die Bestimmung der Leistung einem dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie nach billigem Ermessen zu treffen ist.

Soll die Bestimmung durch mehrere dritte erfolgen, so ist im Zweifel Übereinstimmung aller erforderlich; soll eine Summe bestimmt werden, so ist, wenn verschiedene Summen bestimmt werden, im Zweifel die Durchschnittssumme maßgebend.

E. I 355, 357, E II 268, RB. 311. — Mot. S. 193, 194, Prot. S. 467—70.

Literatur: Weismann, ArchZivPrax. 72 269ff., 74 422ff.; Kipp zu Windscheid II S. 20—1.

1. **Bestimmung durch dritte:** Daß die Bestimmung auch einem — oder mehreren, s. Abs. 2 — dritten übertragen werden kann, entspricht schon dem bisherigen Recht und wird vom BGB. aufgenommen. Die Person braucht nicht benannt zu werden; es genügt, daß sie ihrerseits bestimmbar ist, selbst durch ein zukünftiges Ereignis (z. B. man unterwirft sich dem Gutachten des jetzigen oder erst zu wählenden Bürgermeisters, Stadtbaumeisters usw.).

Ist dagegen die Einigung über die Person des dritten nicht vorhanden, und behalten sich die Parteien seine Benennung noch vor, so fehlt die Willensübereinstimmung über einen wesentlichen Punkt, es kommt also § 154 zur Anwendung.

Nicht unter § 317 fallen Verkäufe zu einem später von den Kursmaklern festzusetzenden Börsenkurse; ebensowenig der vom RG. bei Seuffert 60 Nr. 48 S. 89 entschiedene Fall (Verkauf zu dem von der „Notizkommission des Vereins der Butterfirmen" festzustellenden Preise). Denn dabei steht nicht eine Preisfestsetzung für das einzelne Vertragsverhältnis in Frage, sondern eine auch ohne dieses allgemein zu vollziehende Feststellung, und nur deren Ergebnis, nicht sie als solche, ist für den besonderen Fall maßgebend. Darum sind mit dem RG. insbesondere die §§ 318—9 auf solche Fälle als unanwendbar zu erachten.

2. Auch **der dritte** hat nach dem Auslegungssatz des § 317 die Bestimmung im Zweifel nach billigem Ermessen zu treffen (wie im GR., s. RG. bei Seuffert 40 Nr. 106 S. 142); aber sie kann auch seinem freien Belieben überlassen sein, s. § 319 Abs. 2. Ob der dritte zur Abgabe der Erklärung verpflichtet ist (s. dazu Schollmeyer Nr. 1), läßt sich nicht allgemein sagen: an sich ist die Frage zu verneinen, s. näheres zu § 318 Nr. 2.

3. Die Motive überlassen der Wissenschaft die Frage, ob der Vertrag durch die zu vollziehende Bestimmung des dritten **bedingt** sei, s. dazu Dernburg II § 87, III, 1; Prot. S. 469. Nach dem BGB. ist das jedenfalls dann nicht anzunehmen, wenn der dritte nach billigem Ermessen entscheiden soll, s. § 319, wonach die nicht oder unbillig von ihm vollzogene Bestimmung alsdann anderweit nachgeholt wird. Anders bei dem dritten vorbehaltenem freiem Ermessen — natürlich, hier ist ja beim Mangel objektiver Anhaltspunkte gerade die Person des dritten, das auf sie gesetzte Vertrauen, ausschlaggebend. S. auch Prot. S. 469.

4. Bei den etwaigen **mehreren dritten** findet keine Majorisierung statt, wie auch nicht in Preußen und Sachsen, s. Prot. S. 470. Fehlt es an der nach Abs. 2 geforderten Übereinstimmung, so kommt § 319 Abs. 1 zur Anwendung: die Bestimmung erfolgt dann durch Urteil, es sei denn, daß willkürliche Entscheidung der mehreren „dritten" im Plane lag: alsdann tritt auch hier Unwirksamkeit ein. Besteht über Summen Meinungsverschiedenheit, so ist die Durchschnittssumme maßgebend, s. Kipp S. 20, Schollmeyer Nr. 2. So auch wohl in allen anderen Fällen, wo nur das quantitative Maß einer Leistung bestimmt werden soll.

§ 318.

Die einem dritten überlassene Bestimmung der Leistung erfolgt durch Erklärung gegenüber einem der Vertragschließenden.

Die Anfechtung der getroffenen Bestimmung wegen Irrtums, Drohung oder arglistiger Täuschung steht nur den Vertragschließenden zu; Anfechtungsgegner ist der andere Teil. Die Anfechtung muß unverzüglich erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat. Sie ist ausgeschlossen, wenn dreißig Jahre verstrichen sind, nachdem die Bestimmung getroffen worden ist.

E. I 356, E. II 269, RV. 312. — Mot. S. 194, Prot. S. 471.

1. Die Bestimmung seitens des dritten erfolgt **durch empfangsbedürftige Erklärung.** Sie braucht nicht an beide Parteien zu geschehen, was der wünschenswerten Beschleunigung dient. Ob sie Rechtsgeschäft ist (Planck Nr. 1) oder nicht (Dernburg § 87, III, 2), kann zweifelhaft sein und ist wohl eher zu verneinen, zumal der Erklärende gar nicht am eintretenden Rechtserfolg beteiligt ist, nicht einmal an der etwaigen Anfechtung (Abs. 2). Jedenfalls ist sie eine rechtlich bedeutsame Handlung, worauf die Regeln der §§ 130ff. entsprechend anwendbar sind.

Die abgegebene Erklärung ist auch hier unwiderruflich, da sie das Schuldverhältnis einmal näher individualisiert und damit umgewandelt hat. Das hatten die Entw. I und II besonders bestimmt; s. auch Erk. des ROHG. **11** 247.

Die Erklärung muß persönlich erfolgen, Vertretung ist unzulässig: das folgt aus dem zu unterstellenden Parteiwillen.

2. Eine **Verpflichtung zur Vornahme der Bestimmung** liegt dem dritten natürlich an sich nicht ob, es sei denn, daß er sie einem oder beiden Beteiligten gegenüber besonders übernommen habe.

Gibt er sie aber, auch freiwillig, ab, so sind dabei einmal die Sätze des § 319 zu beachten; dann aber darf der dritte, selbst der frei Bestimmende, nicht gegen die Regeln der unerlaubten Handlungen verstoßen, bei Vermeidung einer Ersatzpflicht.

In keinem Fall ist der dritte bei der Erklärung als Vertreter der Parteien zu erachten (so früher Endemann, anders Planck Nr. 3b und Schollmeyer); wäre er es, so müßte die Partei an seine Erklärung schlechthin gebunden sein, was doch nicht zutrifft (§ 319).

3. **Abs. 2** denkt nicht an eine Anfechtung wegen unerlaubten Benehmens des dritten, sondern an den Fall, daß er sich durch Willensmängel zu seinem Entscheid hat bestimmen lassen. Die Anfechtung steht dann nicht, wie sonst, dem Irrenden usw. selbst, sondern jedem der Kontrahenten gegen den andern zu.

Sie muß erfolgen „unverzüglich", d. h. ohne schuldhaftes Zögern, s. § 121. — Die Anfechtungsfrist bestimmt sich nach § 124.

4. Nach vollzogener Anfechtung darf der dritte im freien Zustand die Bestimmung wiederholen; nur, wenn er das nicht will oder kann, regelt sich die Angelegenheit nach § 319. So auch Planck Nr. 3b a. E. Anders Dernburg § 87, III, 3, weil dadurch unabsehbare Weiterungen entstehen könnten. Aber wollte man den dritten nicht zur Wiederholung heranziehen, so bliebe nur der Weg des § 319 übrig, der doch noch mehr Weiterungen und Kosten verursachen wird. Denn es läßt sich keineswegs ohne weiteres annehmen, daß die wiederholte Erklärung des dritten Schwierigkeiten machen werde.

§ 319.

Soll der dritte die Leistung nach billigem Ermessen bestimmen, so ist die getroffene Bestimmung für die Vertragschließenden nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. Die Bestimmung erfolgt in

diesem Falle durch Urteil; das Gleiche gilt, wenn der dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert.

Soll der dritte die Bestimmung nach freiem Belieben treffen, so ist der Vertrag unwirksam, wenn der dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert.

E. I 355[1], 357, E. II 270, RV. 313. Mot. S. 193—4, 194—5, Prot. S. 468—70.

1. **Unbilligkeit der Bestimmung:** Der nach billigem Ermessen zu vollziehenden Bestimmung wird nicht genüge getan, wenn sie in Wahrheit unbillig ist. Sie wird dann zwar nicht als nichtig, aber als in besonderer Weise anfechtbar behandelt, („nicht verbindlich"), wobei der benachteiligte Kontrahent alsdann eine Ergänzung durch (rechtsgestaltendes) Urteil fordern kann, analog wie im Fall des § 315, s. Bem. dazu. Das entspricht auch dem bisherigen Recht, s. die Entsch. bei Seuffert 30 Nr. 237; 32 Nr. 118; 33 Nr. 113; RG. 10 Nr. 39 S. 130. So auch Schollmeyer Nr. 1.

Auch hier kann die geschädigte Partei die Erklärung gelten lassen; dann behält es bei ihr sein Bewenden.

Zwischen wem erfolgt die Entscheidung? Offenbar, wie nach 315, zwischen den Parteien, deren Rechtsverhältnis dadurch bestimmt wird; ein Anfechtungsprozeß gegen den Schiedsrichter selbst steht nicht in Frage, wie sich übrigens auch aus der Gleichstellung des Falles, daß dieser nicht bestimmen kann, ergibt.

2. Es wird erfordert **„offenbare Unbilligkeit"**; das heißt nicht, daß sie auf den ersten Blick zu erhellen habe, sondern nur, daß der Richter aus seiner Sachuntersuchung das Ergebnis gewinnen müsse, daß die Unbilligkeit der Bestimmung nach der Sachlage eine zweifellose, erhebliche sei. So auch l. 79 D. 17, 2. Und zwar genügt zweifellos objektive Unbilligkeit; daß sie dem Bestimmenden als solche bewußt oder auch nur erkennbar war, ist nicht erfordert. So auch Schollmeyer.

3. Anders als nach E. I kommen die Grundsätze des ersten Absatzes auch aus den in S. 2 angeführten Gründen zur Anwendung. S. darüber Bem. zu § 315. Dahin gehört auch der Fall, daß sich die mehreren dritten nicht einigen, gemäß § 317 Abs. 2.

4. Was unter der **„Verzögerung"** zu verstehen sei, ist bei Mangel einer besonderen Fristbestimmung Tatfrage. Eine kleine, die Interessen der Partei nicht gefährdende Hinausschiebung des Spruches kommt nicht in Betracht. Andernfalls wird eine schuldhafte Verzögerung nicht gefordert. Also liegt auch in der vorübergehenden Unfähigkeit des dritten zum mindesten eine „Verzögerung".

Die Folgen der Verzögerung sind in § 319 natürlich nur dispositiv geregelt. Vielfach wird es dem ausgesprochenen oder als stillschweigend erklärt zu unterstellenden Parteiwillen entsprechen, daß der Vertrag durch Unfähigkeit oder Säumnis des dritten hinfällig werde, Kipp S. 21.

5. Über die **Konstruktion** in den Fällen von Abs. 2 s. Bem. 3 zu § 317. Eine Unwirksamkeit der Bestimmung wegen „offenbarer Unbilligkeit" ist hier nicht gegeben; wohl aber möglicherweise eine Haftung des dritten nach dem Rechte der unerlaubten Handlungen oder aus dem etwa eingegangenen vertragsmäßigen Verpflichtungsverhältnis (z. B. Auftrag, Werkvertrag).

Zweiter Titel.

Gegenseitiger Vertrag.

Vorbemerkung zu §§ 320—7.

Literatur: Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung, 1900, S. 1ff.; Krahmer, Gegenseitige Verträge, 1903; Schefold, Dissert. Tübingen 1902; Düringer-Hachenburg, Kommentar zum HGB. II S. 91ff.

1. Die obligatorischen Verträge lassen sich nach den daraus entspringenden Verpflichtungen in drei Klassen teilen:

a) die **einseitigen**, aus denen immer nur der eine Teil berechtigt, der andere verpflichtet wird (Darlehen, Schenkung);

b) die **unvollkommen zweiseitigen**, bei denen als wesentlicher Bestandteil, der Verwirklichung des Hauptzweckes des Geschäftes dienend, die Verpflichtung des einen eintritt, daneben möglicherweise auch eine Nebenverpflichtung des andern (Verwahrung, Auftrag); erstere in Rom mit actio directa, letztere mit actio contraria geltend gemacht;

c) die **vollkommen zweiseitigen** (synallagmatischen) Verträge, aus denen stets und notwendig beide Teile berechtigt und verpflichtet werden. Sie versteht das BGB. allein unter der Kategorie der „gegenseitigen Verträge", deren Besonderheiten in Titel II behandelt werden.

2. Bei den **gegenseitigen Verträgen** ist die Verpflichtung des einen Teiles in doppelter Weise abhängig von der des andern (s. auch Kisch S. 49):

a) „genetisch": sie kann nicht entstehen, wenn diese nicht gültig entstanden ist; s. § 323 u. Bem. dazu;

b) „funktionell": sie kann nicht ohne Rücksicht auf die andere geltend gemacht werden; s. § 320, 322. Dies nicht in der Weise, daß von vornherein jede Partei nur auf Leistung gegen Gegenleistung, auf „Austausch" der beiden Leistungen, Anspruch habe (so im wesentlichen Endemann §§ 88 Anm. 46, 125 Anm. 10, 14; 126 Anm. 21, dagegen Oertmann, Blätter für Rechtspflege in Bayern I S. 12ff.). Vielmehr hat jeder an sich schlechthin Anspruch auf die ihm versprochene Leistung, und der Gegner kann nur seinen Gegenanspruch verwerten zu einer bloßen Einrede — nur eine solche, nicht mehr, gewähren ihm § 202 Abs. 2 und § 320, s. Bem. dazu; macht er sie nicht geltend oder erscheint überhaupt nicht, so muß er nach dem Klagantrag verurteilt werden. Die hier vertretene Auffassung ergibt sich nicht minder aus der — freilich nicht in der Regel eintretenden — Möglichkeit, daß der Anspruch der einen Partei fortbesteht nach Wegfall des Gegenanspruches, s. § 324. Nach den Gegnern bedeutete das eine Umänderung des Anspruches: er ginge fortan auf Leistung statt auf Austausch. Und doch soll nach § 324 die Partei den Anspruch nur behalten!

Damit hängt zusammen, daß der Erfüllungsort für die beiderseitigen Verpflichtungen keineswegs notwendig identisch ist, s. Bem. 1bβ zu § 269. Natürlich können die Parteien ein strengeres Abhängigkeitsverhältnis ihrer Pflichten im Sinne der Gegenmeinung vereinbaren.

3. Es fragt sich weiter, ob es zur Beantwortung der Frage, welche Verträge gegenseitig seien, auf den **abstrakten Geschäftstypus** oder auf das **einzelne Schuldverhältnis** ankomme.

Bei den Römern war ersteres der Fall; sie hielten daran fest, daß gewisse Verträge ihrer Natur nach zweiseitig seien, während bei anderen das nicht so sein konnte. Darum machte ihnen die Vereinbarung einer Gegenleistung bei den letzteren (z. B. bei depositum, mandatum) Schwierigkeiten.

Bei uns ist das anders: insbesondere der Verwahrungsvertrag kann als entgeltlicher wie unentgeltlicher vereinbart werden. Ihn ersterenfalls aus der Reihe der gegenseitigen Verträge auszuschließen, wäre bedenklich, ja sinnwidrig. Wir müssen vielmehr die Frage im zweiten Sinne beantworten; zweiseitig ist danach der im Einzelfall auf Leistung gegen eine im Sinne der Parteien äquivalente Gegenleistung gerichtete Vertrag. Auf den abstrakten Geschäftstypus legt das moderne Recht eben weniger Wert, als auf die besondere Eigenart des Einzelgeschäftes. Ein Vertrag ist aber umgekehrt natürlich auch nicht schon um deswillen stets ein gegenseitiger, weil er möglicherweise auch als solcher hätte vereinbart werden können. Übereinstimmend Kisch S. 4ff. mit vielen Beispielen.

Der Verwahrungsvertrag ist daher bald gegenseitiger, bald unvollkommen-zweiseitiger Vertrag, und soweit er jenes ist, also freilich nur in Bezug auf den synallagmatisch verknüpften Teil der beiderseitigen Pflichten, kommen die §§ 320ff. auf ihn zur Anwendung. Dasselbe würde beim Auftrag gelten, wenn nicht der entgeltliche Auftrag im Sinne des Gesetzes (s. §§ 662, 675) zu anderen Vertragsklassen gerechnet würde. Zweifelhaft ist die Unterstellung des Gesellschaftsvertrages unter die Kategorie, s. Bem. zu § 704.

Übrigens kommen auch bei den sonst gegenseitigen Verträgen bisweilen besondere Ansprüche vor, die aus dem Rahmen der Gegenseitigkeit herausfallen, auf die deren Regeln unanwendbar sind (Kisch S. 7).

4. **Behandlung der gegenseitigen Verträge.**

Sie unterstehen zunächst den Regeln der §§ 320ff. Es fragt sich aber, in welchem Verhältnis diese einerseits zu den allgemeinen Vorschriften über alle Schuldverhältnisse, andererseits zu den besonderen Bestimmungen über die einzelnen Vertragstypen stehen?

α) Die Antwort auf die erste Frage ist einfach. Zunächst kommen die §§ 320ff., als leges speciales; hinter ihnen sind die allgemeinen Bestimmungen auch auf die gegenseitigen Verträge anwendbar, z. B. im Fall des Verzuges hinter § 326 auch die §§ 284ff. Darüber besteht kein Streit.

β) Anders steht es mit der Beantwortung der zweiten, s. dazu besonders Schöller, Gruchots Beitr. 46 1ff.

αα) Verfehlt wäre die Annahme, daß bei den besonders geregelten Verträgen die §§ 320ff. grundsätzlich ausgeschlossen seien. Das würde für verschiedene Fragen Lücken lassen und den genannten §§ ihr wichtigstes Anwendungsgebiet rauben. Bei der Einrede des § 320 insbesondere ist die Anwendbarkeit auf den Kauf, aus dessen Recht sie ursprünglich abstrahiert wurde, in der Entwicklung nie angetastet worden.

ββ) Aber auch eine kumulative Anwendung (dafür Krahmer S. 122ff.) beider Klassen von Vorschriften erschiene verfehlt. Sie bewirkte unlösliche Widersprüche; sie verstieße auch gegen den allgemeinen Auslegungssatz vom Vorzug der lex specialis. So müssen z. B. die Sätze über die Gefahr beim Werkvertrag dem § 323 vorgehen.

γγ) Es bleibt also nur die Mittelmeinung: zunächst Anwendung der besonderen, hinter ihnen auch solche der allgemeineren Normen. So auch Schöller aaO. und die herrschende Meinung (Angaben bei Krahmer S. 122 Anm. 2). Nur soweit die Sonderregelung erweislich lückenlos sein will, schließt sie auch ohne Rücksicht auf direkten Widerspruch die allgemeinere aus (Schöller).

§ 320.

Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, daß er vorzuleisten verpflichtet ist. Hat die Leistung an Mehrere zu erfolgen, so kann dem Einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 findet keine Anwendung.

Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

E. I 362—4, E. II 271, RB. 314. — Mot. S. 200—3, Prot. S. 626—31.

Annahmeverzug des Beklagten 6.
Ausschluß der Einrede d. n. c. V. 6.
Beweis 2.
Charakter der Einrede d. n. c. V. 1.
Teilweise Leistung 8.
Unmöglichkeit der Gegenleistung 8.
Verhältnis zum Zurückbehaltungsrecht 3.
Verhältnismäßige Geringfügigkeit des Rückstandes 7.
Vorleistungspflicht 5.

Literatur: André, Einrede des nicht erfüllten Vertrages, 1890; zum neuen Recht: Stammler S. 95ff.

1. **Begriff der Einrede des nicht erfüllten Vertrages:** Mittels der exceptio non adimpleti contractus konnte schon in Rom der aus einem gegenseitigen Vertrage Beklagte seine Leistung solange verweigern, als ihm nicht die Gegenleistung Zug um Zug gewährt wurde. Die modernen Rechte und insbesondere das BGB. haben das Institut übernommen. Das BGB. sieht aber darin nach dem Vorbild des richtig verstandenen Gemeinen Rechts und des SächsGB. (§§ 859/60) eine wahre Einrede, nicht wie das Landrecht (I, 5, § 271) eine Leugnung des Klagegrundes. Das ergibt der Wortlaut des § 320, wonach Beklagter die Leistung solange verweigern kann, während von einer Suspension seiner Verpflichtung keine Rede ist. Auch § 322 spricht nur von einem „Recht zur Verweigerung der Leistung“.

Wird dieses besondere, ein Verlangen der Gegenleistung enthaltende Leistungsverweigerungsrecht nicht geltend gemacht, sondern einfach wegen angeblicher Nichtlieferung des Klägers Klagabweisung begehrt, so ist das unwirksam, der Beklagte also glatt zu verurteilen, OLG. Braunschweig 2. IV. 1903, Rspr. VIII S. 38.

Endlich bewirkt die Vorschützung dieses „Rechtes" gar nicht Abweisung der Klage — der Anspruch muß also doch schon vorhanden sein. Übereinstimmend Mot. S. 204, Prot. S. 632, Planck Nr. 1. Die gegenteilige Behauptung von Landé Nr. 5 ist ganz abwegig. Folglich gehört die Behauptung der vollzogenen oder angebotenen Leistung des Klägers nicht zum Klagegrunde; es darf der Richter nicht von Amtswegen auf deren Mangel Rücksicht nehmen.

Zweifelhaft ist das nur, wenn der Kläger nach dem Vertrage vorleistungspflichtig ist. Alsdann soll es nach Hellwig (Anspruch S. 376, Lehrbuch S. 372) keiner Einrede bedürfen, der Anspruch vielmehr überhaupt noch nicht entstanden sein. Ebenso Planck Nr. 2 und Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 2 zu § 322; anders Enneccerus und Schollmeyer, und zwar m. E. mit Recht. § 320 umfaßt mit seinem nicht unterscheidenden Wortlaut auch diesen Fall, und aus § 322 Abs. 2 kann man kein sicheres arg. a contrario gewinnen. Nach der in der Vorbem. entwickelten Auffassung vom Wesen der gegenseitigen Verträge entstehen daraus zwei grundsätzlich selbständige Ansprüche; die Annahme, daß der eine wegen der dem Berechtigten obliegenden Pflicht zur vorherigen Erfüllung des andern noch gar nicht fällig werde, ist kaum erweislich und mit § 324 nicht recht verträglich: wird dem Kläger die Gegenleistung durch Schuld des Beklagten unmöglich, so kann er auch trotz Vorleistungspflicht den Anspruch durchsetzen, obwohl doch der Termin, von dem nach Hellwig die Fälligkeit des Anspruches abhängen würde, hier nicht nur nicht eingetreten ist, sondern gar nicht mehr eintreten kann. Auch ist nicht abzusehen, warum bei Vorleistungspflicht des Klägers die Klage von Amtswegen abgewiesen werden solle, wenn der Beklagte sich gar nicht auf sie beruft. Anders vielleicht dann, wenn der Beklagte nach der Abrede erst eine bestimmte Zeit nach Empfang der Leistung die Gegenleistung vorzunehmen hatte. Das dürfte allerdings bis dahin einen Aufschub ihrer Fälligkeit bedeuten.

Richtig ist ferner, daß wenn der Beklagte die Vorleistungspflicht des Klägers geltend macht, die Klage abgewiesen werden muß; das läßt sich allerdings aus § 322 Abs. 2 für die Fälle mangelnden Annahmeverzuges a contrario folgern. Aber das ist schwerlich als Beweis gegen die Einredetheorie zu verwenden, entspricht vielmehr nur der regelmäßigen, in § 322 Abs. 1 lediglich durchbrochenen Einredewirkung. So auch Schollmeyer zu § 322 Nr. 2.

2. **Beweis**: Von entscheidender Wichtigkeit ist die Frage des Beweises. Auch nach der Einredetheorie muß man im Einverständnis mit dem GR. dem Kläger den Beweis der vollzogenen oder angebotenen Erfüllung auferlegen. Das folgt aus dem Wortlaut des § 320 und a contrario aus § 363, nicht minder auch aus praktischen Erwägungen. Es ist ferner im Grunde nur eine Folgerung aus allgemeinen Prinzipien; der Beklagte müßte zunächst an sich den Beweis der synallagmatischen Verknüpfung seiner Pflicht mit der des Klägers erbringen, und nur darum ist er desselben enthoben, weil der Kläger selbst die Klage aus dem Synallagma bereits hat begründen müssen. Will Kläger diesen aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrages entnommenen Folgerungen entgehen, so muß er beweisen, daß ausnahmsweise Beklagter nach Lage des Falles vorzuleisten, oder daß er selbst bereits erfüllt oder angeboten habe. Vermutet werden kann die Erfüllung dieser seiner Verbindlichkeit hier ebensowenig wie sonst.

3. **Das Verhältnis der Einrede des nicht erfüllten Vertrages zum allgemeinen Zurückbehaltungsrecht** des § 273 ist bestritten. Für ihre grundsätzliche Zugehörigkeit dazu im Sinne eines besonders geregelten Anwendungsfalles Enneccerus S. 447 Anm. 2, Hellwig, Anspruch S. 374, Lehrbuch S. 257, Kipp zu Windscheid S. 300 Nr. 3; skeptisch dagegen Crome I S. 547 Anm. 11, Langheineken, Anspruch S. 336, Regelsberger, Iherings Jahrb. 41 333 (mit weiteren Angaben), Schollmeyer Nr. 1. Richtig ist, daß der Zusammenhang der beiderseitigen Ansprüche in unserem Fall viel fester ist als beim gewöhnlichen Zurückbehaltungsrecht, aber daraus ergibt sich nur die Möglichkeit einer schärferen Einwirkung unserer Einrede, wie sie das Gesetz in der Tat in Abs. 1 S. 3 im Gegensatz zu § 273 anordnet: Nichtabwendbarkeit durch Sicherheitsleistung. Die Verwandtschaft der Grundidee stellt das keineswegs in Frage; unsere Einrede ist ein potenziertes Zurückbehaltungsrecht.

4. **Gegenleistung:** Die Einrede steht sowohl zu, wenn die Gegenleistung noch gar nicht angeboten, als auch, wenn die angebotene wegen qualitativer oder quantitativer Mängel zurückgewiesen ist. Anders aber, wenn Beklagter sie einmal angenommen hat und nun als unkorrekt bezeichnet; für diesen Fall gilt die besondere Bestimmung des § 363.

Ist die Gegenleistung durch Schuld des dazu verpflichteten Klägers unmöglich geworden und dafür ein Schadensersatzanspruch des Gegners entstanden, so steht die Einrede natürlich fortan auch wegen dieses neuen Anspruches zu. Unmöglich kann der Gegner wegen einer solchen Änderung seiner Ansprüche vorleistungspflichtig werden, wenn er es bisher nicht war.

5. Die Einrede ist ausgeschlossen **bei Vorleistungspflicht des Beklagten.** Diese ist vom Beklagten zu erweisen („es sei denn, daß . . ."); sie tritt ein:

a) kraft gesetzlicher Sonderbestimmung, so nach §§ 551, 614, 641;

b) aus der besonderen Natur des einzelnen Verhältnisses;

c) kraft besonderer Abrede.

6. **Annahmeverzug des Beklagten** beseitigt an sich, im Gegensatz zur herrschenden Lehre des GR., André S. 140 ff., die Einrede nicht, was auch angesichts der Regelung in § 322 den Interessen des Klägers nicht zu nahe tritt (ebenso RG. ZS. II vom 18. XII. 1903 bei Seuffert 59 Nr. 149 S. 265, in Aufhebung des Hamburger Erkenntnisses Rspr. VIII, 38, s. aber auch Staub, Exkurs zu HGB. § 374 Anm. 5), er wird indes auf die Tragung der Prozeßkosten von Einfluß sein. Übrigens kann der erfolglos Anbietende die Einrede durch Hinterlegung (§ 379) oder ein anderes Erfüllungssurrogat beseitigen.

7. Insbesondere wegen **Abs. 1 S. 2** s. Enneccerus S. 448 Anm. 3, Planck Nr. 2, Kipp S. 320 Nr. 2, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 3, teilweise anders Schollmeyer Nr. 2. Der Satz findet Anwendung, mag der Kläger — als Gesamtgläubiger — die ganze oder — als Teilgläubiger — nur einen Teil der Leistung in Anspruch nehmen. In beiden Fällen steht dem Gegner nicht nur wegen des gerade vom Kläger, sondern auch wegen des von dessen Mitgläubigern geschuldeten Teiles der Gegenleistung die Einrede zu. Um ihr zu entgehen, muß der Kläger nötigenfalls auch die seinen Genossen obliegenden Gegenverpflichtungen erfüllen, also insoweit im Sinne von § 267 fremde Schulden zahlen.

8. An sich steht die Einrede **unbeschränkt** zu bis zur **vollständigen Erfüllung** durch den Kläger, d. h. natürlich nur, soweit es sich um eine einheitliche Leistung, nicht um eine Mehrheit von nach dem Vertragszweck selbständigen Einzelleistungen handelt. Indes:

a) möglicherweise läßt die teilweise Annahme auf ein Einverständnis des Annehmenden in eine Teilung des ganzen Schuldverhältnisses schließen, s. Prot. S. 630.

b) Auch davon abgesehen beschränkt Abs. 2 unter den dort genannten Voraussetzungen die Einrede. Das entspricht dem bisherigen Recht (s. Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 147 und die dort angegebene Judikatur) und dem Prinzip des § 242. (Eine besondere replica doli (so meine Aufl. 1) ist dazu nach Wortlaut und Sinn des Abs. 2 wohl nicht nötig; vielmehr ist die Einrede bei Vorhandensein der darin enthaltenen Voraussetzungen insoweit ohne weiteres als ausgeschlossen zu erachten (so auch Matthiaß S. 389, Stammler S. 95, s. ferner Schneider, Treu und Glauben, S. 152—3).

Wieweit, das ergibt nur die nach Treu und Glauben vorzunehmende Beurteilung der Umstände des Einzelfalles; sie kann bald zu einer völligen Versagung, bald zu einer bloßen teilweisen Einschränkung der Einrede führen. Als besonders wichtigen, aber keineswegs allein in Betracht kommenden Umstand erwähnt das Gesetz die verhältnismäßige Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, z. B. das verkaufte Buch ist ohne Schutzumschlag, die Brille, das Taschenmesser ohne Futteral, von den bestellten 100 Flaschen sind 95 übergeben worden. (Ob der Gläubiger die Teilleistung hätte annehmen müssen, § 266, ist gleichgültig, da er sie in den hier unterstellten Fällen eben tatsächlich angenommen hat.) Aber die Geringfügigkeit des ausstehenden Teiles ist nach dem Gesetz nur einer der Beurteilungsmaßstäbe, schlechthin also zur Einschränkung der Einrede nach Abs. 2 weder erforderlich noch ausreichend. Ein anderer Anwendungsfall wird vom RG. 56 Nr. 37 S. 153 erwähnt: der Verkäufer eines Grundstücks will zwar auflassen, aber der Käufer die Auflassung wegen einer auf dem Grundstück eingetragenen Domänenrente nicht entgegennehmen, weil er nur ein lastenfreies Grundstück anzunehmen brauche. Umgekehrt wird die Einrede

nicht ganz durchgreifen, wenn der Kläger nur aus Schikane oder bei grober Nachlässigkeit den ihm ohne Schwierigkeit möglichen Rest seiner Leistung unterläßt.

Ob der noch fehlende Teil der klägerischen Leistung einen quantitativen (s. die obigen Beispiele; ferner: der Verkäufer hat das Grundstück zwar übergeben, kann es aber noch nicht auflassen, RG. **56** 153 cit) oder einen qualitativen Mangel darstellt, ist gleichgültig: auch wegen eines Fehlers der bereits vollzogenen Gegenleistung kann die eingeforderte Leistung nur nach Maßgabe des Abs. 2 gekürzt oder auch ganz verweigert werden. So die herrschende Lehre, z. B. Dernburg § 94 Nr. 4, Goldmann-Lilienthal S. 374 Anm. 13, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 6, Planck Nr. 4, Schollmeyer Nr. 3, ebenso OLG. Breslau bei Seuffert 59 Nr. 77 S. 140; RG. aaO. Anders freilich Cosack § 86, II, 1c, Kaufmann Nr. 9, Schöller aaO. S. 15 Anm. 16. Ihnen ist nur zuzugeben, daß die Anwendbarkeit des Abs. 2 dadurch ausgeschlossen werde, daß das gelieferte infolge des Mangels überhaupt nicht als Leistung anzusehen ist, z. B. der Schuster hat statt der bestellten Lackstiefel ein Paar nägelbeschlagener Bergschuhe geliefert — hier kommt Abs. 1 zur Anwendung. Und auch, wo die Leistung bloße Mängel aufweist, ist beim Spezieskauf für die Anwendung des Abs. 2 um deswillen kein Raum, weil der Käufer bei ihm richtiger Ansicht nach kein vertragsmäßiges Recht auf Fehlerfreiheit der Sache hat (s. Bem. 2αγ zu § 433, Bem. 2 zu § 459, ferner Landsberg S. 428, Leonhard, Beweislast S. 393 und besonders Schollmeyer, Iherings Jahrb. **49** 93ff.), mangels besonderer Garantieübernahme, übrigens nur Gewährleistung verlangen kann. Der Käufer kann die fehlerhafte Sache freilich wohl zurückweisen und dann die Einrede der Wandlung geltend machen, aber schwerlich die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, am allerwenigsten nach Annahme der Sache die Einrede wegen teilweiser Nichterfüllung nach Abs. 2. Anders die herrschende Lehre, s. z. B. Dernburg § 185, I, Planck Nr. 3/4. Aber das ist nur eine Besonderheit des Spezieskaufes; beim Gattungskauf (hier auch Schöller S. 23), beim Dienst- und Werkvertrag, überhaupt im allgemeinen trifft die herrschende Meinung das Richtige. Aber auch beim Spezieskauf wegen solcher Mängel der Kaufsache, die nach dem Vertragsschluß in einer vom Verkäufer zu vertretenden Weise entstanden sind (s. Bem. 6 zu § 459). Das Argument der Gegner, daß der Mangel teilweise Unmöglichkeit der Leistung begründe, trifft keineswegs allgemein zu, s. das Beispiel bei Kuhlenbeck aaO., ferner: der Schuster liefert die Bergschuhe mit durchlässigen Sohlen; der Buchbinder den Einband so, daß einige Blätter nicht mitgeheftet sind.

Über den Begriff **„Verstoß gegen Treu und Glauben"** s. Weyl, Verschuldensbegriffe S. 345—6: er ist rein objektiv, von subjektiven Voraussetzungen unabhängig.

c) Umgekehrt steht die Einrede dem Beklagten auch dann in vollem Umfang zu, wenn der nicht erfüllungsbereite Kläger nur einen Teil, selbst einen untergeordneten, der ihm gebührenden Leistung einklagt, RG. 51 Nr. 85 S. 369.

d) Ist die Einrede aus § 320 auch wegen **verjährter Gegenforderungen** zuständig? S. Bem. zu § 273, 2αα. Dafür Regelsberger, Iherings Jahrb. **41** 331 und dort Zitierte, Rehbein I S. 303. Auch hier glaube ich vermittelnd entscheiden zu sollen: die Einrede ist an sich zuständig, kann aber durch die Replik der Verjährung entkräftet werden.

9. **Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach Unmöglichkeit der Gegenleistung?** Gegenüber einer vielfach auftretenden Annahme hat Regelsberger, Iherings Jahrb. **40** 249ff., bes. 266 erwiesen, daß unsere Einrede nur wegen einer noch möglichen Gegenleistung am Platze sei; ebenso Kisch S. 49. Ist diese zufällig unmöglich geworden, so begründet das die Einwendung (als rechtsvernichtende Tatsache) aus § 323. Mit der Einrede aus § 320 erklärt der Beklagte: ich erfülle erst, wenn die Gegenleistung erfolgt; mit der Einwendung aus § 323: ich erfülle nicht, da sie nicht erfolgen kann. Kennt der Beklagte freilich den Eintritt der Unmöglichkeit nicht, oder kann er ihn nicht beweisen, so mag er die Einrede aus § 320 zunächst vorschützen und das Verhalten des Klägers abwarten. Verfehlt aber (s. Regelsberger S. 261) ist der Satz, es verwandele sich in dem hier unterstellten Fall die dilatorische in eine peremtorische Einrede.

Entsprechend ist es zu beurteilen, wenn der Beklagte einerseits die Einrede aus § 320 erheben will, andererseits aber die Annahme der Gegenleistung wegen angeblicher Vertragswidrigkeit endgültig weigert. Beides steht in unversöhnlichem Widerspruch: entweder die Weigerung ist berechtigt, dann muß der Beklagte die Berufung auf § 320 fallen lassen, oder sie ist es nicht, dann kann er nicht die Annahme, sondern

nur die von ihm verlangte Vorleistung verweigern. S. RG. ZS. VII, 27. V. 1904, Bd. 58 Nr. 45 S. 176.

Bei **teilweiser Unmöglichkeit der Gegenleistung** ist die Wirkung verschieden (Regelsberger S. 267). Sie mindert in der Regel die Leistungspflicht des Beklagten, dies aber ipso iure, sodaß es insoweit einer Einrede nicht mehr bedarf. Beruft sich in solchem Fall der Beklagte auf diese, so kann der Kläger sie beseitigen durch Beweis der teilweisen Unmöglichkeit, und dadurch zum mindesten das bewirken, daß ihm der nach § 323 Abs. 1 a. E. verbleibende Teil seines Anspruches (sei es unbedingt, sei es Zug um Zug gegen den etwa noch ausstehenden, möglich gebliebenen Teil der ihm obliegenden Gegenleistung) zugesprochen wird, ohne daß er die Einrede aus § 320 Abs. 2 insoweit noch zu fürchten hätte. S. auch Kisch S. 50.

10. Die Einrede ist auch dann an sich zuständig, wenn Kläger seinerseits leistungsbereit war und nur wegen Leistungsweigerung des Beklagten nicht leistete, sondern zur Klage auf die Gegenleistung schritt. Das hat keine Bedeutung für die zu fällende Entscheidung (s. § 322 Abs. 1), wohl aber werden alsdann den Beklagten in der Regel die Kosten treffen. S. RG. 51 Nr. 85 S. 368. Immerhin empfiehlt sich hier, von vornherein auf Leistung gegen Gegenleistung zu klagen und dadurch der Einrede aus § 320 die Spitze abzubrechen.

11. Zweifelhaft ist die Anwendung des § 320, wenn Leistung und Gegenleistung vertragsgemäß in Teilen oder Raten zu vollziehen waren, und der Beklagte sich darauf beruft, daß der Kläger das ihm für eine frühere Teilleistung obliegende Äquivalent noch nicht geleistet habe, so bei Miete, Successivlieferungsvertrag, auch beim gewöhnlichen Kauf (s. den Fall des OLG. Breslau, Erk. vom 25. I. 1904, Das Recht 04 44), sowie in manchen Fällen des Dienstvertrages (periodischer Unterricht!). Gegen die Anwendung der Einrede aus § 320 spricht, daß es sich um das vertragsmäßige Äquivalent nicht gerade der eingeklagten Leistung, sondern einer andern, schon vollzogenen Leistung des Klägers handelt. Doch tut das der Anwendbarkeit des allgemeinen Zurückbehaltungsrechts natürlich keinen Eintrag (s. das zitierte Erkenntnis), und vielleicht kann man sich mit Rücksicht auf die in derartigen Fällen vielfach anzunehmende Einheit der — nur rechnerisch zerlegten — Vertragspflicht über das genannte Bedenken hinwegsetzen.

12. Die Vorschriften des § 320 kommen kraft besonderer Bestimmung auch zur Anwendung beim **Rücktrittsrecht** (§ 348) und bei der **Eviktion** (§ 440).

§ 321.

Wer aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, kann, wenn nach dem Abschlusse des Vertrags in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird.

E. II 272, RV. 315. — Prot. S. 631—2, 633—6.

Literatur: Nissen, JW. 03, 363 ff.

1. Der § 321 bildet eine soziale Schutzvorschrift, die dem Grundgedanken der gemeinrechtlich früher vielfach angenommenen **clausula rebus sic stantibus** verwandt ist (s. freilich Nr. 3) und in dieser Art auch bisher von der Judikatur anerkannt wurde, so ROHG. 23 137. Sie ist nötig nur bei Vorleistungspflicht des Beklagten, denn andernfalls ist er schon durch § 320 gedeckt. S. Stammler, S. 88 ff.

2. Es muß sich um **nachträgliche** Verschlechterung der Verhältnisse handeln; eine schon anfängliche Unsicherheit kommt selbst dann nicht in Betracht, wenn sie dem andern unbekannt war — es müßte denn Betrug vorliegen: alsdann findet § 123 Anwendung. S. auch die Angaben bei Warneyer BGB. zu § 321 Nr. 4.

Eine besondere Kundmachung an den Gegner ist zur Entstehung der Einrede nicht nötig. Sie kann vielmehr, wenn ihre Voraussetzungen gegeben, auch ohnedies dem Cessionar des in Vermögensverfall geratenen Gegners gegenüber geltend gemacht werden. Denn der letztere ist zur Gegenleistung verpflichtet geblieben und

kann durch Abtretung seiner Ansprüche an einen dritten das Recht der Partei aus § 321 nicht beeinträchtigen. So RG. Bd. 51 Nr. 39 S. 170ff.

3. **Wirkung.**

a) Ein Rücktrittsrecht gewinnt die Partei infolge der Vermögensverschlechterung des Gegners nicht; § 321 enthält keine völlige Anerkennung der clausula rebus sic stantibus. So auch OLG. Hamburg bei Seuffert 59 Nr. 54 S. 94, weitere Angaben bei Warneyer BGB. zu § 321 Nr. 2. Natürlich kann jene Klausel im Einzelfall ausdrücklich vereinbart oder als stillschweigend vereinbart anzusehen sein.

b) Zweifelhaft ist die Frage, ob durch § 321 nicht wenigstens das Verhältnis der beiderseitigen Leistungen insoweit verschoben werde, daß an Stelle der Vorleistungspflicht der einen Partei grundsätzlich Pflichten auf Leistung Zug um Zug treten. Die Folge würde sein, daß der bisher Vorleistungspflichtige nicht nur eine Einrede gewinnt, sondern auch seinerseits auf Leistung Zug um Zug gegen die Gegenleistung — wegen Sicherheitsleistung s. unten d — klagen kann. Diese Folgerung wird indes von der durchaus herrschenden Ansicht verworfen, s. RG. 53 Nr. 18 S 64, RG. im „Recht" **04** 137, 221 (11. und 26. II. 1904), OLG. Hamburg bei Seuffert 58 Nr. 164 S. 308ff und 59 Nr. 54 S. 94, ferner Planck Abs. 4, Staub, DJZ. **03** S. 388, Dietrich das. **04** 1078, weitere Angaben bei Neumann I, 228, II, 216 und bei Warneyer BGB. zu § 321 Nr. 1. Wohl mit Recht — § 321 enthält nichts von einer so weittragenden Wirkung; er gibt nur eine dilatorische Einrede gegen den auf Vorleistung gerichteten Anspruch des Gegners, und beläßt diesem zudem die Möglichkeit, unter Sicherheitsleistung seinen Anspruch noch immer durchzusetzen. Das ist mit der gegenteiligen Annahme unvereinbar.

c) Durch **Angebot der Leistung oder Sicherheitsleistung**, die sich nach §§ 231ff. zu vollziehen hat, kann der Gegner die seinem Anspruch entgegenstehende Einrede beseitigen. Das Angebot bedeutet dieser gegenüber eine Replik. Welches Mittel er dazu verwenden will, ist Sache des Gegners. Das Leistungsangebot braucht offenbar nicht auf Vorleistung gerichtet zu sein; vielmehr erscheint es nach dem offenbaren Sinn der Vorschrift als genügend, wenn der Gegner die Gegenleistung Zug um Zug gegen die ihm gebührende Leistung anbietet. Dafür spricht auch der Wortlaut: bis .... bewirkt .... wird, nicht: bewirkt .... ist.

War die Sicherheit bereits vorher geleistet, so entfällt die Entstehung einer Einrede im Fall des § 321 von vornherein, soweit nicht die geleistete sich als unzulänglich erweist, RG. Bd. 53 Nr. 62 S. 245.

d) Ebensowenig wie auf Leistung Zug um Zug (s. oben b) kann der Vorleistungspflichtige im Fall des § 321 auf Sicherheitsleistung klagen. Bewirkung der Gegenleistung und Sicherheitsleistung sind nicht in obligatione, sondern dienen nur als Mittel zur Anwendung der Einrede. Folgerecht kann Verweigerung der — gar nicht geschuldeten — Sicherheit den Gegner nicht in Verzug setzen, noch weniger dem Vorleistungspflichtigen nach § 326 ein Rücktrittsrecht verschaffen. Anders anscheinend RG. 54 Nr. 93 S. 358ff. (falls die Verweigerung nach Eintritt der Voraussetzungen des § 321 wiederholt werde). Anders auch Regelsberger, Jherings Jahrb. **40** 477 (für das frühere Recht).

4. Eine ähnliche aber viel weitergehende Bestimmung für das pactum de mutuando gibt § 610.

Dagegen ist der Gläubiger schwerlich berechtigt, wegen inzwischen eingetretenen Vermögensverfalls den dem Schuldner eingeräumten Kredit zurückzuziehen oder die eingeräumte Stundung wieder aufzuheben, OLG. Kolmar 13. XII. 1901, Rspr. IV Nr. 11b S. 31. Wegen etwaiger sonstiger Anwendungsfälle der clausula rebus sic stantibus s. Dernburg § 111 a. E. Er läßt sie zu, „wenn sich infolge der neuen Umstände die Natur des Geschäftes derart ändert, daß ein Festhalten an demselben zur Ausbeutung führen würde". M. E. ist das in dieser Allgemeinheit höchst bedenklich, keinenfalls erwiesen; man wird sich besser mit der Annahme einer Unmöglichkeit in dem oben Nr. 3a vor § 275 entwickelten weiteren (juristischen) Sinn zu helfen suchen. Indem die §§ 321, 610 offenbar besondere Sätze sind, jener zudem keine völlige Beseitigung der Vertragspflicht bewirkt, bekundet das Gesetz, daß ihm ein allgemeines Rücktritts- oder Kündigungsrecht wegen veränderter Umstände fernliege. Immerhin gibt es außer den genannten noch mehrere auf einem derartigen Gesichtspunkt beruhende Sätze, so z. B. §§ 626, 723 S. 2, und ein unbedingtes arg. a contrario auf andere, ähnliche Fälle ist schwerlich zu ziehen (Kuhlenbeck-Staudinger vor § 346 Nr. IV).

Ob umgekehrt eine entsprechende Anwendung? Die Frage bedarf weiterer Klärung.

S. auch Verlagsgesetz § 35.

§ 322.

Erhebt aus einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil Klage auf die ihm geschuldete Leistung, so hat die Geltendmachung des dem anderen Teile zustehenden Rechtes, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, nur die Wirkung, daß der andere Teil zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen ist.

Hat der klagende Teil vorzuleisten, so kann er, wenn der andere Teil im Verzuge der Annahme ist, auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen.

Auf die Zwangsvollstreckung findet die Vorschrift des § 274 Abs. 2 Anwendung.

E. I 365—6, E. II 273, RV. 316. — Mot. S. 203—4, Prot. I S. 631—3, VI S. 156—7.

1. Die Regelung des § 322 entspricht wenigstens in gewissem Sinne dem GR. (s. Dernburg, Pandekten II § 21) und enthält eine Nachbildung der Vorschrift des § 273 beim Zurückbehaltungsrecht. Ihr Anwendungskreis ergibt sich aus §§ 320/1.

2. Gemäß § 322 findet also wegen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages **keine Klageabweisung** statt; gleichviel ob Kläger einen entsprechenden Eventualantrag gestellt oder seinen ursprünglichen aufrechterhalten hatte.

3. Anders als im Landrecht, bewirkt auch **Annahmeverzug des Beklagten** keinen Unterschied in der Art der Verurteilung, es sei denn hinsichtlich der Kosten, s. Bem. 6 zu § 320.

4. Auf den Fall der **Vorleistungspflicht des Klägers** findet § 322 keine Anwendung, das ergibt sich aus dem Wortlaut von Abs. 1 und a contrario aus Abs. 2; anders nur in dem hier genannten Fall des Annahmeverzuges. Übereinstimmend Stammler S. 100. S. auch Hellwig, Lehrbuch S. 372 Anm. 31 und dort genannte Literatur, sowie oben Bem. 1 a. E. zu § 320; in dem hier vorliegenden Fall ist die Klage zwar nicht von Amtswegen, aber auf erhobene Einrede hin abzuweisen. Ist aber der Beklagte in Annahmeverzug, so kann der Klaganspruch gemäß Abs. 2 vom Vorleistungspflichtigen verfolgt werden. Auf reine Leistung kann er freilich auch hier nicht klagen; tut er es doch, so ist mit Planck Nr. 2 aus dem Zusammenhang des Abs. 2 mit Abs. 1 zu folgern, daß auch hier die Einrede keine völlige Abweisung, sondern Verurteilung zu dem mit sich bringt, was der Kläger korrekterweise hätte fordern dürfen (d. h. hier zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung).

Der Annahmeverzug ist nach dem hier (§ 320 Nr. 1 a. E.) eingenommenen Standpunkt nicht mit Hellwig als Klagvoraussetzung zu bezeichnen, begründet vielmehr nur eine die Einrede überwindende Replik.

5. Nach Abs. 3 kann bei **Annahmeverzug** die Vollstreckung ohne vorherige Leistung betrieben werden. Das bezieht sich sowohl auf die Fälle des Abs. 1 wie des Abs. 2, und da dieser schon Annahmeverzug voraussetzt, kann aus dem Urteil alsdann immer ohne weiteres vollstreckt werden, also auch bei Untunlichkeit der Hinterlegung.

Über die Bewirkung der Vollstreckung s. §§ 726, 756, 764 ZPO.

§ 323.

Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf

die Gegenleistung; bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473.

Verlangt der andere Teil nach § 281 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet; diese mindert sich jedoch nach Maßgabe der §§ 472, 473 insoweit, als der Wert des Ersatzes oder des Ersatzanspruchs hinter dem Werte der geschuldeten Leistung zurückbleibt.

Soweit die nach diesen Vorschriften nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden.

E. I 368 Abs. 1, 3; E. II 274, RV. 317. — Mot. S. 205—8, Prot. S. 638—9. DS. 73—4.

Literatur: Kisch S. 36ff., Titze S. 136ff. in den vor § 275 genannten Schriften.

1. **Bisheriges Recht**: Während an sich dem Gläubiger die Gefahr der Leistung obliegt, § 275, trägt sie beim gegenseitigen Vertrage der Schuldner in dem Sinne, daß er bei Unmöglichkeit der eigenen Leistung den Anspruch auf die Gegenleistung verliert. Das widerspricht dem Römischen Satze „emtoris est periculum" und dem SächsGB. §§ 866/7, 1013, 1091; harmoniert aber mit deutschrechtlichen Anschauungen, dem Landrecht (I, 5, §§ 364ff. und I, 11, §§ 95ff.) und den meisten anderen modernen Gesetzbüchern (wegen Code civil s. Mot. S. 206), galt übrigens auch schon in Rom für die Miete und die ihr ähnlichen Verträge.

2. **Dauer der Gefahrtragung**: Die Gefahr belastet im Sinne von § 323 den Schuldner bis zur vollständigen Vollziehung der Leistung, wobei für einzelne Verträge besonderes bestimmt ist, s. §§ 446/7, 588, 616, 644. Eine nachträgliche Vernichtung des einmal Geleisteten kommt nicht in Betracht. Über den Fall teilweiser Unmöglichkeit s. Nr. 7.

3. Vorausgesetzt wird in § 323 ein **Umstand**, den nach den Regeln der §§ 276ff. **weder der eine noch der andere Teil zu vertreten hat**. Ist das eine oder andere der Fall, so kommen die §§ 324ff. zur Anwendung.

4. § 323 redet zwar nur von **Unmöglichkeit der Leistung**; daß aber bloß subjektives Unvermögen ihr gleich wirke, ergibt sich aus seiner Gleichstellung im § 275 und der Erwägung, daß der Schuldner keinenfalls hier besser gestellt werden darf als bei wahrer Unmöglichkeit. So auch die herrschende Meinung, s. Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 8, Schollmeyer Nr. 1, Titze S. 164 (wo auch abweichende Ansichten aufgeführt sind).

Ob Unmöglichkeit vorliege, ist nicht selten zweifelhaft, s. Vorbem. 3 vor § 275. Besonders regt sich der Zweifel bei Dauerverhältnissen, wie Miete, Gesellschaft. Kann bei jener der Vermieter zeitweise nicht leisten, z. B. die Mietwohnung ist noch nicht fertig, so ist das an sich nur eine vorübergehende Unmöglichkeit, die nur als „teilweise" im Sinne des § 323 Abs. 1 a. E. erachtet werden kann. Aber diese Behandlung würde den Parteiinteressen nicht immer genügen, und so erklären sich die mehrfachen, in der Wirkung weitergehenden Bestimmungen gerade im Mietrecht, insbesondere § 542, s. Kisch S. 55.

Besonders schwierig ist die Frage bei den sogen. Successivlieferungsgeschäften (s. darüber neuestens Staub, positive Vertragsverletzungen 1904; Winter bei Gruchot 48 193ff., RG. 57 Nr. 25 S. 106, 115). Die Mangelhaftigkeit einzelner Leistungsposten besagt an sich nichts gegen die Möglichkeit einer vertragsmäßigen Lieferung der übrigen, kann also insoweit höchstens — und auch das keineswegs ohne weiteres — als teilweise Unmöglichkeit (wegen der mangelhaft gelieferten Posten selbst) gelten. Aber das wird den Interessen des Gegners nicht immer gerecht.

In der Tat wird man häufig aus den vertragswidrigen Eigenschaften der gelieferten Posten auf eine dauernde Unfähigkeit des Schuldners zu vertragsmäßiger Lieferung einen mehr oder minder sicheren Schluß ziehen können: so, wenn der Mangel der gelieferten Butter, des gelieferten Bieres auf mangelhafter Einrichtung des schuldnerischen Betriebes beruht, nicht nur auf besonderen gerade das gelieferte Quantum allein betreffenden Gründen (z. B. das letzte gelieferte Milchquantum war sauer). Soweit diese Unfähigkeit — die als solche nur Unvermögen, nicht objektive Unmöglichkeit darstellt — vorliegt, wird sie meist eine anfängliche, kann aber auch eine allein unter §§ 323 ff. fallende nachträgliche sein, sie wird ferner meist nur eine teilweise, kann aber auch eine vollständige darstellen, wenn nämlich vertragsmäßige Gegenstände überhaupt nicht mehr geliefert werden können, z. B. die Brauerei kann wegen gänzlich verfehlter Einrichtungen überhaupt kein trinkbares Bier mehr liefern. Alsdann greift § 323 oder, bei Vertretbarkeit des Unvermögens, § 325 für den ganzen Vertrag Platz.

Dagegen übt die bloße subjektive Unmöglichkeit der **Annahme** keinen Einfluß auf die Gegenverpflichtung, s. § 324 Abs. 2 und Bem. dazu.

5. **Wirkung** (s. Abs. 3): Der Verlust des Gegenanspruchs tritt ohne weiteres ein; der Vertrag löst sich auf, ohne daß es eines besonderen Rücktritts bedürfte. Infolge dessen ist die etwa vollzogene Gegenleistung grundlos beim Empfänger und kann gemäß Abs. 3 zurückgefordert werden: mit einer condictio ob causam finitam, wenn sie vor eingetretener Unmöglichkeit der Leistung; mit einer condictio indebiti, wenn sie nachher in Unkenntnis dieses Umstandes vollzogen ist. Eine alsdann wissentlich geschehene unterliegt der Rückforderung nicht. S. näher §§ 812 ff. und Bem. dazu; Dernburg § 96, I, 3 (dessen Beispiel übrigens kaum durchschlägt, da der Empfänger auch bei Verbrauch der erhaltenen Spezies meist durch Ersparnis anderweiter Ausgaben als bereichert erscheint).

6. **Abs. 2**: Jedoch ist dieser Wegfall des Schuldverhältnisses noch in der Schwebe gemäß Abs. 2, indem nämlich der Gläubiger von dem ihm nach § 281 zustehenden Rechte auf das Surrogat Gebrauch machen kann. Nötig hat er das nicht; unterläßt er es, so behält es bei der bisherigen Regelung (Abs. 1) sein Bewenden, tut er es, so bleibt er zur Gegenleistung grundsätzlich verpflichtet, nur unter einer nach dem Text zu vollziehenden etwaigen Minderung (s. über die Anwendbarkeit der dort in Bezug genommenen §§ 472—3 Kisch S. 170 ff.).

Zweifelhaft ist dabei die Konstruktion:

a) Möglicherweise ist eine Befreiung des Gegners eingetreten; diese ist aber auflösend bedingt dadurch, daß er an Stelle der unmöglich gewordenen alten, ihm gebührenden Leistung das Surrogat in Anspruch nimmt. So meine Aufl. 1, Kleineidam S. 139.

b) Möglich ist ferner die Annahme eines Schwebezustandes: Die Wirkung des Abs. 1 ist, sofern der Schuldner für den unmöglich gewordenen Leistungsgegenstand ein Surrogat verlangt hat, noch nicht eingetreten, sondern ihr Eintritt oder Nichteintritt bestimmt sich oft durch Entscheidung des Gegners. So Kisch S. 219, Schollmeyer Nr. 4.

c) Endlich ist auch die Konstruktion denkbar, daß das Schuldverhältnis an sich, nur mit geändertem Inhalt auf der einen Seite (Surrogat statt des alten Gegenstandes) zunächst ruhig fortbesteht, und der Gegner nur das Recht hat, es durch Ablehnung des Surrogats zum Erlöschen zu bringen. Die Aufhebung wäre hier also aufschiebend bedingt. So anscheinend Crome S. 184, Titze S. 114—5.

Die mittlere Theorie dürfte am ehesten den Grundsätzen des BGB. entsprechen, dem eine wahre Rückwirkung der erfüllten Bedingung unbekannt ist. Gegen die Theorie zu a) spricht auch der Wortlaut, nach dem der Gegner, wenn er das Surrogat beansprucht, zur Gegenleistung verpflichtet bleibt, also nie aufgehört hat, es zu sein; eine auch nur vorläufige Befreiung scheint also nach der Anschauung des Gesetzes nicht angenommen werden zu dürfen. Aber auch die Theorie zu c) hat den Wortlaut gegen sich: Abs. 2 macht nicht die Befreiung des Gegners von der Ablehnung, sondern die Nichtbefreiung von dem Verlangen des Surrogats abhängig. Somit bleibt nur die Annahme eines wahren Schwebezustandes ohne vorläufige Entscheidung im Sinne der einen oder anderen Alternative.

7. **Teilweise Unmöglichkeit.**

a) S. über ihren **Begriff** Vorbem. 4—5 vor § 275, ferner Kisch S. 161 ff., Regelsberger, Iherings Jahrb. 40 267, Romeick, Fristbestimmung S. 70, Schöller bei Gruchot 45 540. Sie liegt nicht nur vor bei quantitativer Beschränkung des Leistungsinhalts, sondern auch da, wo nur nicht am rechten Orte oder zur rechten

Zeit geleistet werden kann, aber schwerlich da, wo der Schuldner die vertragsmäßige Leistung nur in einem qualitativ minderen Zustande zu liefern im stande ist. Allerdings braucht der Gläubiger die minderwertige Erfüllung als solche in der Regel nicht anzunehmen und muß folgerecht den nur dazu fähigen Schuldner als einen überhaupt nicht erfüllungsfähigen behandeln können. Aber das kann nicht unterschiedslos, insbesondere nicht wegen unverhältnismäßig geringer Mängel durchgeführt werden. Aus verschiedenen Bestimmungen dürfte sich ergeben, daß das Gesetz „unerhebliche Mängel" teils überhaupt nicht, teils nur in schwächerer Weise gewertet wissen will, s. z. B. § 458 Abs. 1 S. 2, § 633 Abs. 3, auch 537. Vielleicht läßt sich der allgemeine, für die einzelnen Schuldverhältnisse natürlich nur subsidiäre Satz aufstellen: die Unmöglichkeit einer qualitativ vollauf vertragsmäßigen Leistung ist dann als vollständige Unmöglichkeit anzusehen, wenn die Leistung nach der Anschauung des Verkehrs oder nach dem besonderen Vertragszweck überhaupt nicht mehr als Vertragserfüllung angesehen werden kann. Also der Leistungsmangel bedeutet entweder vollständige, oder überhaupt keine Leistungsunmöglichkeit.

b) Zweifelhaft ist, ob eine gegenständliche (s. oben a), teilweise Unmöglichkeit (Unvermögen) nur bei teilbaren oder auch bei unteilbaren Leistungen eintreten kann. Für die Beschränkung auf jene Kisch S. 164—5, dagegen Schöller aaO. S. 540—1. Wir müssen scheiden: soweit eine qualitativ geminderte Leistungsfähigkeit nur als teilweise Unmöglichkeit (Unvermögen) anzusehen sein sollte, was freilich sehr problematisch ist (oben a) a. E.), kann ein Unterschied zwischen teilbaren und unteilbaren Leistungen nicht gemacht werden. Anders bei quantitativen Minderungen. Da unteilbar solche Leistungen sind, bei denen eine (quantitativ) teilweise Vornahme den Zwecken des Gläubigers auch nicht teilweise Genüge leisten würde (z. B. jemand soll mich und meine Koffer zur Bahn fahren und wird auf halbem Wege vom Schlage gerührt), so ist dabei der Wert der Teilleistung gleich Null. Also müßte sich auch nach der gegnerischen Ansicht die Gegenleistung nach Abs. 1 a. E. auf Null vermindern; das Ergebnis entspräche also doch der hier vertretenen Meinung, nur daß es auf einem unnützen Umwege erzielt würde.

c) **Behandlung:**

α) Der Schuldner bleibt auf die noch mögliche Teilleistung verpflichtet. Der Gläubiger kann diese nicht ablehnen (so auch Titze S. 170 Anm. 13, Kisch S. 169), auch wenn sie — bei objektiver Teilbarkeit der Leistung, s. oben b — für ihn subjektiv kein Interesse mehr hat. Das folgt a contrario aus § 325 Abs. 1 S. 2, der nur gerade bei vom Schuldner verschuldeter Teilunmöglichkeit dem Gläubiger ein solches Ablehnungsrecht gibt.

β) Die Gegenleistung mindert sich nach dem Verhältnis, in dem der Wert der vereinbarten Gesamtleistung zum verbleibenden Restbetrag steht, s. §§ 472—3 und Bem. dazu. Kisch S. 170—1, Goldmann-Lilienthal S. 375.

γ) Ein Rücktrittsrecht wegen des Ganzen steht dem Gläubiger bei teilweiser Unmöglichkeit nur kraft besonderer Abrede zu. Wo aber die, mechanisch aufgefaßt, noch zum Teil mögliche Leistung nach dem Vertragszwecke auch nicht als Teilerfüllung angesehen werden kann, liegt in Wahrheit völlige Unmöglichkeit vor.

8. Was den **Beweis** anlangt, so muß der Beklagte den Wegfall seiner Verpflichtung dartun durch den Nachweis der Unmöglichkeit der Gegenleistung. Es ist dann Sache des Klägers, demgegenüber zu beweisen, daß ausnahmsweise nach § 324 mit jener eine solche Wirkung nicht verbunden gewesen sei. Das ergeben die Entstehungsgeschichte und innere Gründe, s. Planck Nr. 1. Ebenso Enneccerus S. 473, Dernburg, Kisch S. 40ff.; anders freilich Schollmeyer Nr. 3, Beckh, Beweislast S. 231—2, auch wohl Endemann § 125 Anm. 27. Aber die Analogie des § 282 kommt hier um so weniger in Betracht, als dort von einem Verschulden des Schuldners die Rede ist, während hier von den Gegnern dem Gläubiger der Beweis aufgebürdet wird, daß er die ihm geschuldete Leistung nicht im Sinne des § 324 vertretbar unmöglich gemacht habe. Dieser Unterschied ist nicht nur formell, sondern auch materiell sehr bedeutsam: denn das Leistungsobjekt ist vor der Erfüllung in der Regel den Einwirkungen des Gläubigers nicht zugänglich, ein Eingriff seinerseits nur ausnahmsweise möglich. Die Gegner muten ihm somit den Beweis für das Nichtvorhandensein einer fernliegenden Eventualität zu, einen Beweis, den er als Negativenbeweis vielfach kaum wird führen können. Schollmeyer bemerkt freilich mit Recht, daß, wer sich auf Befreiung von einer Schuld berufe, den Befreiungsgrund

beweisen müsse. Aber dieser liegt in Wahrheit schon im Eintritt der Leistungsunmöglichkeit der einen Partei. Aus dieser läßt § 323 grundsätzlich auch eine Befreiung des Gegners entspringen, soweit nicht die schon nach ihrer Stellung als Ausnahmen davon gedachten §§ 324—5 abweichendes enthalten.

Für das Gebiet des § 325 (vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit) entfällt die Möglichkeit anderweiter Beweislastverteilung als nach § 323 schon deshalb, weil der Gegner nach § 325 Abs. 1 S. 3 die verschuldete Unmöglichkeit auch nach freier Wahl als unverschuldete behandeln lassen kann.

Wegen des Beweises bei teilweiser Unmöglichkeit s. Regelsberger, Iherings Jahrb. **40** 275, Titze S. 173—4. Mit Recht macht dieser darauf aufmerksam, daß hinsichtlich der Wertberechnung überhaupt kein eigentlicher Parteibeweis in Frage stehe: es handelt sich nicht um Tatsachenkomplexe, sondern um Beurteilung von solchen, um eine Frage, die der Richter der Partei, nicht die Partei dem Richter, beantworten muß. Die Partei hat nur die für die Wertminderung maßgebenden Umstände, d. h. den Eintritt einer so oder soweit gehenden teilweisen Unmöglichkeit, selbst anzuführen. Anders meine Aufl. 1, Planck Nr. 3.

§ 324.

Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

Das Gleiche gilt, wenn die dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der andere Teil im Verzuge der Annahme ist.

E. I 368², E. II 275, RB. 318. — Mot. S. 208—9, Prot. 638—9.

Literatur: Kisch S. 72ff., Titze S. 180ff.

1. Anwendungsfälle: § 324 begründet eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz des § 323 für die zwei Fälle:

a) wenn die Leistung durch Schuld des Gläubigers oder sein sonstiges vertretbares Verhalten unmöglich geworden ist; dies nach den Regeln von §§ 276ff. Es genügt nicht die einfache Tatsache, daß der Unfall sich in dem Wirkungsbereich, der Sphäre des einen oder andern ereignete.

b) auch ohnedies, wenn der Gläubiger bei Eintritt der Unmöglichkeit in Annahmeverzug war, sofern nur nicht der Schuldner den Umstand alsdann nach § 300 dennoch zu vertreten hatte.

Beispiele zu a: Der Mieter beschädigt schuldhaft die Wohnung in einer die weitere Benutzung ganz oder teilweise unmöglich machenden Weise; der Käufer reitet das noch nicht übergebene Pferd bei einer Reitprobe zu Schanden; der Besteller verursacht schuldhaft einen Brand der Villa, in der ein Maler Fresken, ein Handwerker Reparaturen anzubringen übernommen hatte; der Dienstherr macht das Gesinde durch Mißhandlungen arbeitsunfähig; Nichterscheinen des Reisenden zum Antritt der Eisenbahn- oder Schiffahrt.

Wie kann es aber kommen, daß dem Gläubiger ein vertretbares Verhalten zur Last fällt, obwohl er doch in Bezug auf die unmöglich werdende Leistung nur berechtigt war? Der Grund (s. Kisch S. 74ff.) ist verschieden: bald liegt in dem Tun eine unerlaubte Handlung; bald steht der Gläubiger in Bezug auf den Leistungsgegenstand auch in einem Verpflichtungsverhältnis (so der Mieter; ferner der Käufer, der das zunächst gemietete, erst für einen späteren Termin gekaufte Haus während der Mietsdauer beschädigt); bald erscheint auch nur — was freilich von den meisten nicht erwähnt, also anscheinend nicht anerkannt wird, s. z. B. Planck Nr. 1a — die Erwägung als entscheidend, daß der Gläubiger nach Treu und Glauben einen von seinem Schuldner herzustellenden Erfolg nicht

verhindern darf, insbesondere nicht, um sich der Gegenleistung zu entziehen (s. Kisch aaO.). In den ersten beiden Fällen haftet der schuldige Teil außerdem auch auf Ersatz des etwaigen weiteren Schadens, im dritten behält es bei § 324 allein sein Bewenden.

Nach Kisch gehört auch der Fall hierhin, daß der Gläubiger sich die versprochene Leistung anderweit verschafft. Aber darin liegt doch an sich kein vertretbares Verhalten, sondern eine legale Betätigung der allgemeinen Handlungsfreiheit. Hier kommt insoweit nicht § 324, sondern § 323 zur Anwendung. Allerdings dürften sich vielleicht Fälle denken lassen, wo das Verhalten des Gläubigers eine nach § 226 unstatthafte arglistige Umgehung des Gegners darstellt; auf solche Fälle, die aber bestenfalls höchst selten sein werden, ließe sich dann freilich § 324 wohl anwenden.

Denkbar ist wohl auch der Fall, daß die Leistung durch mitwirkendes Verschulden beider Teile unmöglich wird (s. Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 4). Dann ist jedenfalls § 323 unanwendbar; es wird nach dem doch wohl entsprechend zu verwertenden § 254 darauf ankommen, wen das überwiegende Verschulden traf: wenn den Gläubiger, beurteilt sich die Sachlage nach § 324, wenn den Schuldner, nach § 325.

2. **Behandlung:**

a) In den Fällen des § 324 besteht das Schuldverhältnis weiter: als einseitiges, wenn die Leistung der einen Partei ganz, als zweiseitiges, nur mit entsprechend geminderter Pflicht, wenn sie nur teilweise unmöglich geworden war.

b) Wie aber nun, wenn nachträglich auch die Gegenleistung, und zwar infolge eines von ihrem Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes, unmöglich wird?

Ich hatte in Aufl. 1 geantwortet, daß fortan das ganze Schuldverhältnis, auch in seinem Restbestande, fortfalle. Das bestreitet Kisch S. 86 und bei Grünhut 28 260. Er läßt den früheren Gläubiger hier verpflichtet sein, dem Schuldner den Wert der von ihm schuldhaft vernichteten Leistung zu erstatten; denn er hätte ihn ja auch erstatten müssen, wenn die beiderseitigen Leistungen in demselben Zeitpunkt unmöglich geworden wären. Aber das ist keineswegs für alle Fälle richtig: es trifft allerdings dann zu, wenn in dem Verhalten des Gläubigers eine unerlaubte Handlung oder die Verletzung einer besonderen selbständigen Pflicht lag (s. oben Nr. 1). Alsdann war der schuldige Gläubiger aus seinem Tun grundsätzlich bereits von vornherein ersatzpflichtig geworden, und seine Ersatzpflicht war nur deshalb latent geblieben, weil und soweit dem Gegner wegen der Regelung des § 324 ein weiterer Schaden bisher nicht entstanden war: denn ob ihm die Leistung unmöglich wurde oder er sie dem Gläubiger zuführen mußte, war für ihn solange gleichgültig, als er in beiden Fällen auf die Gegenleistung berechtigt blieb. Wird nunmehr aber diese unmöglich, so erhält der Ersatzanspruch sofort einen Inhalt: das Tun des Gläubigers hat, wie sich nun herausstellt, dem Gegner ein Rechtsgut vernichtet, das er ohnedies wegen § 323 Abs. 1 behalten oder nach Abs. 3 daselbst zurückerhalten haben würde.

Anders aber in den Fällen, wo das Tun des Gläubigers nur aus dem letzten zu Nr. 1 entwickelten Grunde „vertretbar" ist. Wer einem Schiffer für die Mitnahme auf einer Fahrt eine bestimmte Sache versprochen hatte, wird offenbar frei, wenn er zum Antritt der Reise nicht erscheint und die versprochene Sache nachher untergeht; ebenso tritt Befreiung ein, wenn beim Tausch nach Annahmeverzug erst die dem Säumigen, dann die dem Gegner geschuldete Sache durch Zufall zerstört wird. Die Ansicht von Kisch trifft somit nur für die Fälle das Richtige, wenn der Gläubiger nicht nur als solcher, sondern auch aus einem sonstigen Grunde die Unmöglichkeit der ihm geschuldeten Leistung zu vertreten hatte; für die „reinen" Anwendungsfälle des § 324 bleibe ich bei meiner früheren Meinung stehen.

c) Der dem Gegner nach § 324 verbleibende Anspruch ist kein Schadensersatzanspruch, sondern der alte Anspruch auf die vertragsmäßige Gegenleistung als solche, der hier trotz Unterganges der anderen Seite des Schuldverhältnisses bestehen bleibt (s. auch die entsprechende Regelung in § 649). So auch Kisch S. 82, Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 38. Dafür spricht vorzüglich der Ausdruck: so behält er den Anspruch ....; ferner die Beschränkung der Anrechnung auf den geradezu böswillig unterlassenen Verdienst (s. Nr. 4), was bei einem Schadensersatzanspruch angesichts des § 254 und des Grundsatzes der Vorteilsanrechnung (s. Bem. 3 vor § 249) widersinnig wäre: bei ihm müßte mindestens der grob fahrlässige dem böswilligen Verdienstentgang gleichgestellt werden! Die minder weitgehende Anrechnung des § 324 erklärt sich daraus, daß hier eben kein Fall der Vorteilsanrechnung vorliegt (Oertmann aaO. S. 40).

3. **Die Anrechnungspflicht** hinsichtlich des infolge der Befreiung Ersparten ergibt sich aus der Erwägung, daß sonst der Schuldner eine ungerechtfertigte Bereicherung oder doch grundlose Verbesserung erfahren würde, und entspricht dem bisherigen Recht, s. l. 19 § 9. 10 D. 19, 2; ROHG. II Nr. 67 S. 284. Den Beweis dieser Ersparungen bezw. Erwerbungen muß natürlich der anrechnende Gegner führen.

Über den Umfang des anzurechnenden Erwerbes s. Kisch S. 91: der Wortlaut des Gesetzes ist zu eng; es gehören dahin auch alle Überreste des untergegangenen Objektes sowie die Gewinnste, die der Verpflichtete daraus gemacht hat (wobei zu beachten ist, daß er jene dem Gegner möglicherweise nach § 281 herauszugeben hat, s. unten Nr. 6); z. B. die unbrauchbar gewordene Maschine wird als altes Eisen verkauft; das als Wohnung unverwendbare Mietshaus als Schuppen vermietet.

4. Dem anderweit Verdienten steht **der „böswillig" unterlassene Verdienst** gleich. Böswillig (= böslich, Weyl, Versch. Begr. S. 437) ist nicht identisch mit vorsätzlich, sondern umfaßt nur diejenigen Fälle des Vorsatzes, wo geradezu die spezifische Absicht der Schädigung des Gegners vorlag — „oder doch die Absicht, sich die Möglichkeit, untätig zu bleiben, in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise zu Nutze zu machen", s. Planck Nr. 2, Weyl, Verschuldensbegriffe S. 434, ferner oben Bem. 1a d zu § 276. Übrigens besteht keine Verpflichtung des Betreffenden, sich eine anderweite Verdienstgelegenheit besonders zu suchen oder auch nur die angebotene unter allen Umständen anzunehmen.

5. Besteht das anderweit Ersparte oder Verdiente **nicht in Geld**, so wird es durch Schätzung in Geld umzurechnen sein.

Wie aber, wenn die **Gegenleistung** nicht in Geld besteht? Eine „Anrechnung" im gewöhnlichen Sinne ist dann nicht möglich. Man wird aber ein entsprechendes Ergebnis dadurch gewinnen können, daß man dem Schuldner einen Gegenanspruch auf Erstattung der fraglichen Summe gibt, den er mittels der Rückbehaltung seiner Leistung geltend machen kann. A. A. Planck Nr. 2 a. E., der hier auffälligerweise den viel ferner liegenden § 473 analog verwenden will. Wie hier Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 6.

6. Daß der Gläubiger auch im Falle des § 324 **die Rechte aus § 281** geltend machen kann, ist zweifellos, so auch Kisch S. 94, Kleineidam S. 140, Schollmeyer Nr. 2 Der Unterschied liegt für die fraglichen Fälle darin, daß der Gläubiger hier das Surrogat selbst erlangt, während es nach § 324, nur unter Wertanrechnung, dem Schuldner verbleibt. Zweifellos hat der Gläubiger zwischen beiden Behelfen geeignetenfalls die Wahl.

7. Hat der Gläubiger die Anrechnung nicht in Anspruch genommen, so wird er unter den Voraussetzungen der §§ 812, 814 den Mehrbetrag zurückfordern können, so auch Endemann S. 706, Kisch S. 93, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 6.

§ 325.

Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich, so kann der andere Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten. Bei teilweiser Unmöglichkeit ist er, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten. Statt des Anspruchs auf Schadensersatz und des Rücktrittsrechts kann er auch die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen.

Das Gleiche gilt in dem Falle des § 283, wenn nicht die Leistung bis zum Ablaufe der Frist bewirkt wird oder wenn sie zu dieser Zeit teilweise nicht bewirkt ist.

E. I 369[1–2], E. II 276, RV. 319. — Mot: S. 209—11, Prot. I S. 639—40, 642ff., II S. 62—4.

1. **Gerechtsame des Gläubigers:**

a) **Im allgemeinen:** Hat der Schuldner den Grund der Unmöglichkeit selbst zu vertreten, d. h. nach Maßgabe der §§ 276ff., so stehen dem Gläubiger drei verschiedene Rechte nach seiner Wahl zu:

α) Anspruch auf Schadensersatz; dies schon nach den allgemeinen Grundsätzen des § 280, s. darüber unten b.

β) dazu gewährt ihm § 325 ein Rücktrittsrecht, mit dessen Ausübung das ganze Verhältnis für beide Teile restlos hinfällt; der Gläubiger wird das wählen, wenn sich der Vertrag als für ihn nachteilig ergibt, das Erfüllungsinteresse also hinter der Gegenleistung an Wert zurückbleiben würde. Dies entsprechend dem Vorbild des HGB. Art. 354/5. S. dazu näher § 327 und die danach maßgebenden §§ 346ff.

γ) Statt dessen kann Gläubiger auch die ihm nach § 323 zustehenden Rechte geltend machen — natürlich, denn er hat sie ja schon bei vom Gegner nicht zu vertretender Unmöglichkeit, sodaß man sie ihm im umgekehrten Fall nicht wohl versagen kann. Der Unterschied vom Rücktritt zeigt sich namentlich darin, daß der Gläubiger gemäß § 323 den Vertrag nicht für aufgehoben zu erachten braucht und an stelle der unmöglich gewordenen Leistung das etwaige Surrogat beanspruchen kann; ferner ist dies Recht von Bedeutung bei etwaigem Wegfall des Rücktrittsrechts, nicht minder wegen des Umfanges der Rückerstattung, der beim Rücktritt weiter ist als bei den Bereicherungsansprüchen (s. dazu Titze S. 185).

b) **Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung insbesondere:**

Sein Wesen ist außerordentlich bestritten und auch durch die Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentages darüber schwerlich endgültig klargestellt (s. Gutachten dazu von Kipp, Bd I S. 249ff. und v. Mayr, Bd. II S. 167ff., sowie die Verhandlungen Bd. I S. 112ff.); aus der sonstigen Literatur s. vorzüglich die Sonderabhandlungen von Schöller, GruchotsBeitr. **44** 60ff., **45** 511ff., andererseits Kisch, Iherings Jahrb. **44** 68ff., weitere Angaben folgen unten.

Es stehen sich hauptsächlich zwei Grundanschauungen gegenüber:

α) **Die Differenztheorie.** Der Schadensersatzanspruch tritt nicht nur an Stelle der schuldhaft unmöglich gewordenen alten Leistung, sondern an Stelle des gesamten zweiseitigen Schuldverhältnisses. Er umfaßt — unter Anwendung der compensatio lucri cum damno (Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 51ff.) — den Nettogewinn, den der Gläubiger jener Leistung durch dessen vollständige Abwickelung erzielt haben würde. So namentlich Schöller und Kipp aaO., beistimmend Bechmann, Kauf III, S. 197, Cosack § 99, II, 2 a. E.; Düringer-Hachenburg III, S. 78ff., Förtsch, DJZ **02** 65ff., Goldmann-Lilienthal S. 377, Krahmer, Gegenseitige Verträge S. 56, Kuhlenbeck-Staudinger Vorbem. vor § 323, B, und zu § 325 Nr. 1a, (anders Mayring das. in Aufl. 1) Littmann, Rücktrittsrecht S. 43ff., Sänger, Verzug beim Kauf, Dissert. 1902 S. 28, Staffel, ArchZivPrax. **92** 467ff., Staub, Exkurs zu HGB. § 374, Anm. 20ff. Neuestens auch entschieden Müller, Recht **05** 545ff.

Die Ausprägung der Lehre ist verschieden stark:

αα) Ihre extremen Vertreter geben den Differenzanspruch allgemein, ohne Rücksicht darauf, ob der Berechtigte seinerseits schon erfüllt hat oder nicht; er kann ersterenfalls das Geleistete kondizieren. So besonders Cosack und Schöller. Die gemäßigten Vertreter dagegen geben den Differenzanspruch nur, wenn der Gegner noch nicht geleistet hat, während er das Geleistete zum Unterschied vom Rücktrittsrecht nicht zurückfordern könne. So Staub, Kipp S. 281—2.

ββ) Der Differenzanspruch wird von seinen meisten Vertretern ausschließend, von einigen, besonders von Kipp S. 259 und Rehbein zu §§ 320—7 Nr. 23 nur wahlweise neben dem sog. Surrogationsanspruch (s. unten β) gewährt. Oder gar — so besonders Strohal, Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentages IV S. 112ff., sowie die Beschlüsse des Juristentages selbst, IV, S. 161, dagegen Müller aaO. — „grundsätzlich" nur, wenn die dem Ersatzberechtigten obliegende Leistung in Geld besteht und entweder er oder „soweit es der Billigkeit entspricht", der Gegner

diese Anrechnung begehrt: übrigens nur bei einem bei Handelskäufen über markt- oder börsengängige Waren zu unterstellenden Interesse des Ersatzberechtigten daran, nicht seine Gegenleistung gegen den Ersatz einzutauschen, bezw. einem Interesse des Schuldners daran, nur die Differenz leisten zu müssen (Strohal S. 142, 145).

Für die Differenztheorie hat sich neuerdings auch das Reichsgericht erklärt, ZS. II vom 11. IV. 1902, Bd. 50 Nr. 59 S. 202ff; ebenso, aber ohne Begründung, derselbe Senat Bd. 57 Nr. 25 S. 106 (23. II. 1904) und Bd. 58 Nr. 45 S. 177, ferner OLG. Hamburg vom 8. X. 1901 in Rspr. IV S. 16 und (in bewußter Ablehnung der Gegenmeinung) OLG. Darmstadt vom 13. XII. 1901 in Rspr. IV S. 224.

β) Herrschend ist der großen Zahl von Vertretern der Differenztheorie ungeachtet in der Literatur eine anderweite Auffassung, die sog. **Austausch- oder Surrogationstheorie.** Nach ihr tritt der Schadensersatz nur an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung; das alte Schuldverhältnis besteht im übrigen fort, insbesondere auf die Gegenleistung. Diese Lehre ist am ausführlichsten von Kisch aaO. und Unmöglichkeit S. 96ff., sowie v. Mayr aaO. entwickelt; sie wird vertreten ferner u. a. von Binder, ZHR. 52 104 (anders früher in seinen und Bernhöfts Beiträgen S. 54ff.), Adler, ArchBürgR. 17 136ff., 140, Crome S. 181, Endemann S. 706, Enneccerus, H. Jacobi, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Dissert. Erlangen 1902, Kleineidam S. 145, Lehmann-Ring zu HGB. § 376 Nr. 58, Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 51ff., Planck Nr. 1a, Paech, Leistungsverzug S. 165, Schollmeyer Nr. 2, Titze S. 183ff., v. Tuhr DJZ. 04 759ff. (mit beachtenswerten praktischen Erwägungen). Aus der Praxis steht auf diesem Standpunkt u. a. OLG. Braunschweig bei Seuffert 57 Nr. 74 S. 131.

γ) Der **Gegensatz beider Anschauungen** zeigt sich besonders beim Tausch und überhaupt in allen den Fällen, wo die möglich gebliebene Gegenleistung nicht in Geld besteht. Weniger beim Kauf: denn hier nimmt auch die herrschende Lehre für die Regel der Fälle an, daß sich das Verhältnis im Sinne einer einseitigen Geldleistung des für die Unmöglichkeit seiner Leistung verantwortlichen Verkäufers (beim Käufer ist der Fall natürlich undenkbar!) an den Käufer auflöse. Aber dies nur als Ergebnis eines besonderen Aufrechnungsverfahrens, nicht, wie die Differenztheorie will, weil der Ersatz von vornherein nur darin bestände. Aber auch beim Kauf bleiben praktische Verschiedenheiten, besonders in dem nicht häufigen, aber möglichen (s. Kipp aaO. S. 225 und oben zu § 249 Nr. 3d) Fall, daß der mit der Leistungsunmöglichkeit verbundene Schaden durch Naturalherstellung ersetzt werden kann. S. auch Kisch, Jahrbücher aaO. S. 70ff.

d) Stellungnahme.

Die herrschende Lehre ist zweifellos die allein zutreffende. Das Hauptargument der Gegner besteht in der Berufung auf das ältere und neuere Handelsgesetzbuch (so Kipp S. 269ff.) Aber einmal ist die Auslegung dieses Vorbildes in ihrem Sinne nichts weniger als sicher (Kisch aaO. S. 129ff., Oertmann aaO. S. 53ff.), zum andern ist die Analogie nicht zwingend — die handelsrechtliche Regelung beruht auf einer besonderen Vorschrift, HGB. § 376, und die Bedürfnisse des an schneller Abwickelung der Verhältnisse interessierten Handelsverkehrs können unmöglich für das auf stabilere Verhältnisse berechnete Bürgerliche Recht ohne weiteres als maßgebend anerkannt werden, s. darüber vortrefflich v. Tuhr aaO. und Enneccerus, Verhandlungen des Deutschen Juristentages S. 151—2.

e) Andererseits sprechen für uns nicht nur der Wortlaut des Gesetzes, das in Abs. 1 S. 2 den Schadensersatz unbefangen als „Schadensersatz wegen Nichterfüllung der (ganzen) Verbindlichkeit" bezeichnet, also nicht als solchen wegen Nichterfüllung des Vertrages — auch Kipp gesteht diesem Argument erheblichen Wert zu! — sondern vor allem innere Gründe:

α) Es läßt sich unmöglich unterschiedlos rechtfertigen, daß der Gegner die von ihm versprochene, vielleicht gerade deshalb nicht anderweit weggegebene und ihm nun lästig, unnütz gewordene Gegenleistung mit einem Male als Folge des schuldnerischen Verhaltens behalten und sich mit der vielleicht mageren Differenz begnügen soll. Aus diesem Grunde geben manche Vertreter der Differenztheorie dem Gegner das oben erwähnte Wahlrecht. Aber das hat keine gesetzliche Grundlage, und es ist nicht einzusehen, wieso der Ersatzanspruch allgemein einen nur durch verschiedene Grundauffassung erklärlichen Doppelinhalt haben sollte.

β) War der Schuldner zugleich in Annahmeverzug, so traf ihn nach §§ 300, 324 die Gefahr der ihm gebührenden Gegenleistung — da aber diese nach der

Differenztheorie dem Gläubiger verbleibt, würden deren Anhänger in ganz unberechtigter Weise die Gefahr auf ihn zurückleiten (Strohal aaO. S. 221, anders freilich Müller S. 549).

γ) Daß das Gesetz dem Gläubiger nach Wahl neben dem im Sinne der Differenztheorie entstandenen Ersatzanspruch das Rücktrittsrecht gewährt, hätte nicht den mindesten Sinn: denn alles, was dieses dem Gläubiger verleiht, könnte er auch schon mit jenem erreichen; der Rücktritt bedeutete ja genau dasselbe wie ein Ersatzanspruch, dessen Betrag gleich Null ist. Kein Gläubiger würde den Rücktritt wählen, da ihm der Schadensersatz schlimmstenfalls — bei Unerweislichkeit irgend eines Schadens — immer noch als Minimum dasselbe gewährte wie jener. Schadensersatz und Rücktrittsrecht, die das Gesetz doch als zwei gleichberechtigte Alternativen behandelt („oder . . . zurücktreten), ständen sonach einfach im Verhältnis eines Mehr und eines Weniger; sie gegenüberzustellen, hätte nicht mehr Sinn, als wenn das Gesetz jemandem wahlweise einen Anspruch auf 100 oder einen solchen auf 50 gewährte!

δ) Die Rücksicht auf den vertragstreuen Gegner schlägt nicht durch: er braucht sich auch nach der herrschenden Meinung keinen Ersatz aufdrängen zu lassen statt der alten Leistung, indem er ja den Rücktritt wählen kann. Ihn aber auch dann, wenn er das Geschäft zu seinen Gunsten gelten lassen, das Erfüllungsinteresse daraus in Anspruch nehmen will, von seiner übernommenen Verpflichtung zu entlasten, hieße ihn allzu einseitig begünstigen.

ε) Für uns spricht auch die, im Gesetz durchweg festgehaltene, grundsätzliche Selbständigkeit der beiderseitigen Verpflichtungen. Es läßt sich nicht erweisen oder annehmen, daß durch die Unmöglichkeit der einen das Schuldverhältnis plötzlich den ihm bisher nicht innewohnenden Charakter einer einheitlichen Austauschobligation gewonnen haben sollte, von der aus allein die Differenztheorie sich rechtfertigen ließe (s. Kisch S. 81 ff.).

ζ) Die Unmöglichkeit der Gegenmeinung zeigt sich klar, wenn der Schadensersatz in Naturalherstellung besteht (s. oben zu γ). Diese würde nach den Gegnern der Gläubiger auch da, wo sie möglich ist und er sie wünscht, nicht verlangen können, da für sie im Systeme der Differenztheorie kein Raum ist. Beispiel: X kauft von Y eine von mehreren gleichartigen Vasen, läßt sie verpacken und nimmt sie mit. Alsbald stellt sich heraus, daß sie infolge schlechter Verpackung verdorben (zerkratzt, gesprungen) ist. Er begehrt Ersatz durch Lieferung eines anderen Exemplars — nach den Gegnern unstatthaft!

η) Beim Vertrage zu Gunsten dritter muß der dritte doch offenbar wegen schuldhafter Unmöglichkeit der Leistung an ihn das Erfüllungsinteresse einklagen können. Sollte das nur im Sinne des Differenzanspruches zu verstehen sein, so hieße das, der Schuldner könne das bisher auf reine Leistung gerichtete Recht des dritten durch Unmöglichmachen derselben auf den Überschuß des Wertes dieser Leistung über den Wert der dem Schuldner gebührenden Gegenleistung einseitig herabschrauben!

Somit scheint die herrschende Lehre allein haltbar. Nur eine Einschränkung wird man den Gegnern einräumen: es kann Fälle geben, wo es nach den Umständen, insbesondere der Billigkeit, dem einen oder dem andern Teil nicht zugemutet werden darf, sich auf den Austausch zwischen Erfüllungsinteresse und Gegenleistung einzulassen (s. besonders Strohal aaO., dessen Beispiele S. 118 freilich nicht überall durchschlagen). Vielleicht kann man hier helfen durch Erwägungen aus dem Begriff des Schadens heraus (s. Verhandlungen des Deutschen Juristentages S. 145); der Schuldner hat nicht nur die ihm obliegende Leistung, sondern mit ihr das gesamte Austauschinteresse vertretbar vernichtet und muß dafür haften; vielleicht auch durch Heranziehung des § 242. Aber das sind immer nur besonderer Begründung bedürftige Ausnahmen.

2. Zwischen den drei Rechten zu 1a hat Gläubiger die **Wahl**; nebeneinander kann er sie nicht ausüben (s. auch Planck Nr. 2). Vielmehr wird man hier einen Fall der sog. facultas alternativa mit Wahlrecht des Gläubigers annehmen dürfen (so Titze S. 192, Weiß, die facultas alternativa, Diss. Erlangen 1904 S. 22; anders Kisch, Besprechung von Titze S. 531), freilich eine facultas alternativa besonderer Art (Langheineken, Anspruch S. 214): der Gläubiger kann nicht an Stelle seines eigentlichen (des Ersatz-) Anspruches einen andern setzen, vielmehr seinem Anspruch die eine oder die andere von zwei Befugnissen (Rechten des rechtlichen Könnens) substituieren.

Dabei ist die Bedeutung der Auswahl für die verschiedenen Gerechtsame nicht überall die gleiche:

a) Daß die Wahl des Rücktritts die anderen beiden Gerechtsame (Schadensersatz und Rechte aus § 323) konsumiert, wird allgemein anerkannt (s. Kipp S. 309 und in Berl. Festschrift f. Koch S. 125—9, Schöller bei Gruchot 45 526, Titze S. 194). Wer sich einmal vom Vertrage losgesagt hat, kann darauf nachher nicht mehr zurückgreifen.

b) Wählt dagegen der Gläubiger den Ersatzanspruch, so hält er am Vertrage gerade umgekehrt fest — das ist ein Mehr, das er noch immer zu Gunsten des Weniger fahren lassen kann. Er kann also noch zum Rücktritt oder zu den — gegenüber dem Ersatzanspruch gleichfalls lediglich minderen — Rechten aus § 323 übergehen. So Kipp aaO., Titze S. 192, Crome § 170 Nr. 3d, Schollmeyer Nr. 5, jetzt auch Planck Nr. 2; anders dessen und meine frühere Aufl., Kisch, Unmöglichkeit S. 154, Besprechung S. 531, OLG. Marienwerder bei Seuffert 60 Nr. 71 S. 137. Meine frühere Berufung auf § 242 schlägt ebensowenig durch wie die Kisch'sche auf die Interessen des Gegners; höchstens dann, wenn dieser im Sinne der anfänglich begehrten Naturalherstellung des Schadens schon Aufwendungen gemacht hat, würde ein Abgehen des Gläubigers vom Ersatzanspruch gegen Treu und Glauben verstoßen. Übrigens dürfte dessen Wahlrecht erst mit der tatsächlichen Erfüllung des Ersatzanspruches erlöschen, nicht aber auch durch Klageanstrengung, selbst nicht durch rechtskräftige Verurteilung des Gegners, a. A. Schollmeyer Nr. 5c Abs. 2, Crome aaO., wie hier Planck.

c) In der Wahl der Rechte aus § 323 wird man wiederum einen Verzicht auf den weitergehenden Ersatzanspruch, aber nicht auch einen solchen auf das minderweitgehende Rücktrittsrecht finden dürfen (so auch Kipp S. 310, zweifelnd Planck Nr. 2 Abs. 3).

Bei Säumnis des Gläubigers in der Auswahl kann schwerlich das Wahlrecht auf den Schuldner übergehen (so Kisch aaO. in entsprechender Anwendung des § 264); dieser muß vielmehr noch die zunächst geschuldete Ersatzleistung anbieten gegen Einforderung der Gegenleistung, und wenn der Gläubiger sich daraufhin nicht zur Annahme bereit erklärt oder für eins der anderen Rechte entscheidet, kommt er in Annahmeverzug. Der Schuldner kann nunmehr hinterlegen und sich dadurch (s. § 378) von seiner Schuld befreien. Außerdem kann der Schuldner dem Gläubiger zur Ausübung des Rücktrittsrechtes gemäß §§ 355, 327 eine angemessene Frist stellen, mit deren fruchtlosem Ablauf es erlischt (s. zu dem hier Gesagten auch Schöller bei Gruchot 45 524ff.).

3. **Teilweise Unmöglichkeit** gibt an sich die Rechte zu 1 nur entsprechend dem unmöglich gewordenen Teil. Insbesondere ist auch ein teilweiser Rücktritt denkbar, s. dazu Stammler S. 130, wo auf den Unterschied von teilweiser Minderung hingewiesen wird. Dies jedenfalls da, wo die Leistung nach ihrer Natur oder dem Parteiwillen teilbar ist (Kisch S. 184), nach Schöller (bei Gruchot 45 542) möglicherweise auch in anderen Fällen: so, wenn der Gläubiger in der Lage ist, den für den Schuldner unmöglich gewordenen Teil der einheitlichen Leistung durch einen andern vollenden zu lassen. Das trifft grundsätzlich zu, doch sind solche Fälle selten, viel seltener als die umgekehrten, wo der Gläubiger trotz Teilbarkeit der Leistung an ihrer teilweisen Vornahme kein Interesse hat. Wählt der Gläubiger den teilweisen Schadensersatz, so gilt das zu Nr. 1b gesagte entsprechend: es fällt nicht der Vertrag teilweise fort, sondern es tritt nur an Stelle des unmöglich gewordenen Verpflichtungsteiles insoweit eine Ersatzpflicht.

Bei teilweiser Unmöglichkeit stehen dem Gläubiger die drei Rechte an sich auch dann nicht hinsichtlich des ganzen Vertrages zu, wenn er an ihn gar nicht mehr gebunden sein möchte. Anders aber, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat (z. B. teilweise Leistung einer Theatervorstellung; Lieferung eines Bandes von einem mehrbändigen Werk); alsdann kann er das eine wie das andere seiner drei Rechte — nicht nur den Ersatzanspruch und das Rücktrittsrecht, wie es nach dem Wortlaut von Abs. 1 S. 2 zunächst scheinen möchte — wahlweise wegen des Ganzen ausüben. Dies offenbar auch, wenn er den einen Teil der Leistung bereits angenommen hatte — das schließt den Totalrücktritt höchstens dann aus, wenn es in Kenntnis der Unmöglichkeit des Restes geschah.

Dabei ist scharf zu achten auf den Gegensatz zu § 280 Abs. 2. Dort wurde zum Eintritt des Ersatzanspruches wegen totaler Nichterfüllung erfordert, daß die Teilerfüllung für den Gläubiger überhaupt kein Interesse mehr biete; hier dagegen ist

nur nötig, daß die teilweise Erfüllung des gegenseitigen Vertrages, der teilweise Austausch der beiderseitigen Leistungen, für den Gläubiger kein Interesse hat. Das geht offenbar viel weiter, da in zahlreichen Fällen die Restleistung zwar an sich, aber nicht ihr Austausch gegen den entsprechenden Teil der Gegenleistung für den Gläubiger von Wert sein wird (s. dazu auch Schollmeyer Nr. 7, Kipp, Gutachten S. 286, Staub, Erk. zu § 374 Anm. 115). Beispiele: X mietet für seine Familie ein zweistöckiges Haus in der Sommerfrische; der Vermieter vermietet trotzdem das eine Stockwerk anderweit, vor dem Einzuge des X; dann hat es für diesen kein Interesse, gegen Zahlung eines geminderten Zinses in das für seine Angehörigen zu kleine zweite Stockwerk einzuziehen, obwohl man doch nicht sagen kann, daß dessen Gebrauch für ihn überhaupt des Interesses entbehrte. Oder X kauft eine Doppelparzelle von Y, um darauf eine Villa nebst Garten einzurichten. Vor der Auflassung an ihn läßt Y die eine Bauparzelle vertragsbrüchig an Z auf, sodaß der Rest für die beabsichtigte Villenanlage zu klein wird. X kann die teilweise Unmöglichkeit als totale behandeln, da ihm nichts daran liegen wird, ein für seine Pläne zu kleines Bauterrain käuflich zu erstehen, mag es auch an sich einen erheblichen Geldwert darstellen. Nach Schöller sollen auch alle die Fälle dahin gehören, wo die Gegenleistung des Gläubigers unteilbar ist, Gruchot 45 544. Das trifft aber nur vom Standpunkt der Differenztheorie zu, da nach unserer Lehre die Gegenleistung ganz geschuldet bleibt, im Austausch gegen den möglich gebliebenen Teil der Leistung und Schadensersatzes wegen des unmöglich gewordenen. S. auch den besonderen Fall bei Kisch, Unmöglichkeit S. 192.

4. **Bloßer Verzug des anderen Teiles** verleiht dem Gläubiger die genannten Gerechtsame an sich noch nicht. Dagegen kann er dann nach § 326 und bei Fixgeschäften nach § 361 verfahren, und nach § 325 Abs. 2 kann er dem verurteilten Schuldner auch ohne Verzug die Frist des § 283 stellen und nach deren Ablauf die Rechte des Abs. 1 geltend machen. Über die Setzung und den Lauf der Frist s. Bem. zu § 283. S. hierzu Goldmann-Lilienthal S. 379.

5. Zu § 325 gehört auch der Fall, daß der Schuldner zwar nicht seine Leistung unmöglich macht, aber die zu ihrer Vornahme nötige Mitwirkung des Gegners schuldhaft hindert, s. Kisch S. 94 mit Beispielen, z. B. der Besucher eines Zirkus stürzt infolge mangelhafter Beschaffenheit des Tribünengerüstes und kann daher der Vorstellung nicht weiter beiwohnen.

6. **Rechtsfolgen der sog. positiven Vertragsverletzungen:** (s. auch oben zu § 276 Nr. 5, zu § 323 Nr. 4). Daß der Schuldner für den durch sie selbst entstandenen Schaden haftet, wurde oben zu § 276 dargelegt. Es fragt sich aber, ob die positive Vertragsverletzung dem Gegner auch Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung des Vertrages und Rücktrittsrecht, überhaupt die Rechte aus § 325 gebe.

a) Vielfach erscheint die positive Vertragsverletzung zugleich als Erkenntnisgrund für das Vorhandensein einer Unmöglichkeit vertragsmäßiger Lieferung, und soweit diese nach den allgemeinen Grundsätzen vertretbar ist, kommen natürlich die Grundsätze des § 325 zur Anwendung; so auch Winter bei Gruchot 48 203. Aber das trifft keineswegs immer zu (so z. B. nicht in dem Fall bei Seuffert 57 Nr. 74 S. 130).

b) Auch ohnedies kann der Gläubiger zwar nicht die Rechte aus § 325, aber die entsprechenden aus § 326 gewinnen, wenn er die angebotene vertragswidrige Leistung befugterweise zurückweist und dafür eine andere, vertragsmäßige verlangt, event. unter Stellung einer Nachfrist. Liefert der dadurch in Verzug gesetzte Schuldner dann nicht rechtzeitig vertragsmäßig, so gewinnt der Gläubiger die Rechte aus § 326, ohne daß es auf die Frage, ob Schuldner nicht ordnungsmäßig liefern will oder nicht kann, jetzt noch ankäme (s. Dernburg DJZ. 03 1 ff.).

c) Darüber hinaus sind indes weder die Sätze des § 325 noch die des § 326 direkt anwendbar. Denn die vertragswidrige Leistung beweist weder noch bewirkt notwendig eine Unmöglichkeit der vertragsmäßigen; ebensowenig begründet sie als solche — schon wegen der vielfach noch ausstehenden Mahnung — einen Verzug in der letzteren, dies zumal dann nicht, wenn die ordnungswidrige Ware nicht zurückgegeben wird (Seuffert 57 Nr. 131). Auch mit der Unmöglichkeit einer neben der Leistungs- herlaufenden Unterlassungspflicht (so Planck zu § 326 Nr. 6) wird schwerlich argumentiert werden dürfen (s. dazu auch Schöller bei Gruchot 46 29, Lehmann, ArchZivPrax. 96 75 ff., oben zu § 276 Nr. 5b, γ, aa). Es bleibt vielmehr nur die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung, sei es des § 326 (so Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, 1904), sei es des § 325 (so Kipp DJZ. 03 254).

S. auch Lehmann aaO. S. 100ff., 103, 109, 111 (anscheinend mehr für § 326). Ob man den einen oder andern verwertet, ist besonders wichtig wegen der in der Regel nach § 326, nicht aber nach § 325 notwendigen Fristbestimmung. Übrigens erscheint es weniger wesentlich, ob man diesen oder jenen Paragraphen heranzieht, als daß man überhaupt dem Gläubiger die im Ergebnis übereinstimmenden Rechte aus dem einen oder andern auch als Folge positiver Vertragsverletzungen gewährt. Und darüber scheint heute bei den meisten Einverständnis zu bestehen. So besonders in der Praxis, s. RG. Bd. 54 Nr. 76 S. 287 (unter Hinweis auf § 325, indem die positive Vertragsverletzung den ganzen Vertragszweck vereiteln könne), Bd. 54 S. 102ff. und Bd. 57 Nr. 25 S. 115 (beide unter entsprechender Anwendung des § 326, während eine direkte Anwendung der Unmöglichkeitsfolgen des § 325 bei Verletzung der bloß sekundären Unterlassungspflicht im ersten dieser Erkenntnisse abgelehnt wird). Übereinstimmend im Ergebnis OLG. Naumburg, Recht 03 290, KG. in OLGRspr. VIII, 72. Teilweise anders Müller-Erzbach DJZ. 04 1158, der in beachtenswerter Darlegung ein Rücktrittsrecht als Folge der positiven Vertragsverletzungen aus § 326 verwirft und dafür bei Successivlieferungsverträgen ein aus den Vorschriften über Miet-, Dienstvertrag usw. zu abstrahierendes Kündigungsrecht gewährt.

Eine abschließende Stellungnahme zu diesen mehr die Begründung als das Ergebnis treffenden Meinungsverschiedenheiten erscheint an dieser Stelle nicht möglich. M. E. hat die Ableitung aus § 325 am meisten für sich auf Grund der Erwägung: wer durch positive Vertragsverletzung den Vertragszweck schuldhaft gefährdet oder gar vereitelt, wird so behandelt, wie wer durch Unmöglichmachen der Erfüllung dasselbe Ergebnis verschuldet hat. Ihm alsdann noch eine Nachfrist zu gewähren, erscheint überflüssig; selbst Staub will, obwohl er § 326 heranzieht, davon in der Regel absehen, anders freilich Lehmann S. 111. Bei Successivverträgen wird die Wirkung der positiven Vertragsverletzung natürlich insofern nur einen Restteil des Vertrages treffen, als ein Teil der Leistungen bereits korrekt vollzogen und angenommen ist. Auch sonst ist es denkbar, daß die positive Vertragsverletzung und ihre Wirkungen sich, wie beim direkten Anwendungsgebiet der §§ 325—6, auf einen Teil der Leistung beschränken.

Aber nur unter der genannten Voraussetzung greift die Analogie der Unmöglichkeit durch, keineswegs kann jede positive Vertragsverletzung als solche ohne weiteres zur Anwendung des § 325 (oder, wenn man will, des § 326) führen. Jene Formel — schuldhafte Gefährdung des Vertragszweckes — wird insbesondere auch vom RG., s. DJZ. 04 342, als Erfordernis für seine Anwendung aufgestellt. Sie mag noch näherer Präzisierung oder Abgrenzung fähig sein; grundsätzlich wird man sie zur zweckentsprechenden Behandlung der positiven Vertragsverletzungen schwerlich entbehren können. Gegen eine derartige Erweiterung des Anwendungsgebietes der §§ 325—6 freilich noch immer viele, z. B. Planck zu § 326 Nr. 6.

7. **Abs. 2:** Der wirklichen soll nach Abs. 2 die sogen. **fiktive Unmöglichkeit** auch im Sinne des § 325 gleichstehen: der Fall, wenn die dem verurteilten Schuldner vom Gläubiger gestellte Nachfrist fruchtlos verstrichen ist. Verzug wird hier nicht erfordert; liegt er vor, so kommt § 326 zur Anwendung, wonach es einer Verurteilung, teilweise sogar einer Fristsetzung, nicht bedarf.

8. S. die besondere Bestimmung in § 454, ferner § 255 ZPO.

§ 326.

Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Wird die Leistung bis zum Ablaufe

der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung.

Hat die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs für den anderen Teil kein Interesse, so stehen ihm die im Abs. 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf.

E. I 369 Abs. 2, E. II 277, RV. 320. — Mot. S. 209—10, Prot. I S. 642—50, II S. 62—4, DS. 74—5.

Literatur: Romeick, Fristsetzung, 1901.

Abnahmeverzug 3d.
Angemessene Frist 1, 2.
Beweis 8.
Mangelndes Interesse an der Erfüllung 4.
Nachlieferung 6.
Setzung der Frist 2.
Successivlieferungsverträge 3a.
Teilweise Nichterfüllung 3, 4c.
Unnötigkeit der Fristsetzung 4.
Verzug 1, 2.
Wegfall des Interesses 4.
Wirkung des Fristablaufs 8.

1. **Nachfrist**: Der Verzug bewirkt im BGB. in Übereinstimmung mit dem GR. an sich noch kein Rücktrittsrecht des Gläubigers. Aber nach dem Muster des HGB. Art. 254/6 ist ihm in 2. Lesung (s. Prot. S. 644) ein solches nach Ablauf einer von ihm zu stellenden Nachfrist zugebilligt worden. Voraussetzung ist hier nur das Vorhandensein eines Verzuges §§ 284 ff., nicht ein vorgängiges Urteil, wie nach §§ 283 und 325 Abs. 2.

2. Die **Fristsetzung** geschieht durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung nach §§ 130 ff.; so auch RG. Bd. 53 Nr. 40 S. 167. Siehe darüber und über den Begriff „angemessene Frist" Bem. zu §§ 250 und 283.

Dazu ist zu bemerken:

a) Die Frist kann grundsätzlich erst nach Eintritt des Verzuges gestellt werden; nur von einem bereits im Verzug befindlichen Schuldner redet das Gesetz, und die analoge Anwendung auf andere Fälle ist sehr bedenklich, da eben eine Sonderfolge des Verzuges in Frage steht. Anders freilich OLG. Hamburg vom 14. IV. 1902 in OLGRspr. VI S. 45, das ohne durchschlagende Begründung dem Gläubiger schon vor dem Verzugsbeginn die bedingte Fristsetzung gestattet. Eher könnte man sich mit der Ansicht Staubs (Exkurs zu § 374 Anm. 82) befreunden, wonach die Fristsetzung mit der den Verzug begründenden Mahnung verbunden werden kann. Aber auch hier handelt es sich wohl um einen der heute so zahlreichen Versuche, Besonderheiten und Bedürfnisse des Handelsrechts in das auf stabilere Verhältnisse berechnete allgemeine bürgerliche Recht hineinzutragen, Versuche, die dogmatisch nicht begründet und rechtspolitisch höchst bedenklich erscheinen (s. auch unten Nr. 4b).

b) Die Fristsetzung muß die zu bewirkende Leistung so genau bezeichnen, daß sie daraufhin erfolgen kann. Besteht z. B. die Leistung in Abgabe einer Auflassungserklärung, so muß der Friststeller einen bestimmten Termin zur Auflassung angeben, da mangels eines solchen der Pflichtige gar nicht weiß, wie er seiner Pflicht genügen solle; s. RG. 53 Nr. 20 S. 75.

c) Nur der Gläubiger kann die Frist setzen, nicht auch der säumige Gegner seinerseits von ihm Fristsetzung begehren, so richtig Goldmann-Lilienthal S. 382.

d) Kann der Gläubiger einseitig die einmal gesetzte Frist nachträglich verändern? Sicherlich nicht im Sinne einer Verkürzung; zweifelhaft, ob in dem einer Verlängerung. S. dazu die ausführliche Entscheidung des OLG. Hamburg bei Seuffert 47 Nr. 238 S. 443 ff. Danach soll die Verlängerung zu Gunsten des Schuldners wirksam sein, nicht auch zu seinen Ungunsten; sie soll insbesondere nicht bewirken können, daß der Schuldner nunmehr zu einem späteren, ihm aber ungünstigeren Zeitpunkt zu leisten habe. Aber es handelt sich in § 326 ja nicht um einen Termin, sondern um eine Frist zur Leistung, innerhalb derer der Schuldner nach dem mindestens entsprechend anwendbaren § 271 Abs. 2 in der Regel jederzeit, also auch zu dem ihm etwa günstigeren früheren Zeitpunkt, leisten kann. Man wird daher die Fristverlängerung grundsätzlich als statthaft erachten dürfen, es sei denn, sie geschähe zur bloßen Chikane (§ 226), sofern das überhaupt ausnahmsweise möglich sein sollte.

3. Wird die Leistung bis zum **Ablauf der Frist** nicht bewirkt, so tritt, wie nach § 283, eine fingierte Unmöglichkeit der Erfüllung ein mit Wirkung gegen beide Teile, und es kommt nun die entsprechende Rechtsfolge wie im Falle des § 325 zur Anwendung. Wird sie nur teilweise nicht bewirkt, so liegt nur insoweit

fiktive Unmöglichkeit mit ihren in § 325 ausgesprochenen Wirkungen vor; einen Schadensersatzanspruch oder ein Rücktrittsrecht wegen des Ganzen hat der Gläubiger nur, wenn er nachweist, daß die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat (in dem zu § 325 Nr. 3 entwickelten Sinne, s. dazu auch RG. 50 S. 143 und 53 Nr. 40 S. 165, s. unten d).

Wegen der **teilweisen Nichterfüllung** gilt noch folgendes:

a) Die Regeln darüber kommen auch bei Successivlieferungsverträgen (s. § 323 Nr. 4) zur Anwendung; auch bei ihnen kann das vertretbare Unterbleiben einzelner oder selbst eines Postens den Rücktritt wegen des Ganzen rechtfertigen, wenn dadurch das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung erloschen ist. So RG. Bd. 58 Nr. 106 S. 421. Doch ist dazu einschränkend zu bemerken, daß ein Rücktrittsrecht hinsichtlich der bereits früher vollzogenen Teilleistungen wegen des späteren Verzuges wenigstens dann nicht mehr anerkannt werden kann, wenn der Gläubiger sie bereits bestimmungsgemäß verwendet hat; dadurch erscheint ohne weiteres der Mangel eines Interesses an der Teilerfüllung insoweit widerlegt.

b) Muß die Teilerfüllung im Sinne des Abs. 1 S. 3 in die Nachfrist fallen, oder ist der Satz auch anwendbar, wenn die Erfüllung bereits vor der Fristsetzung teilweise bewirkt war und nun nicht weiter gefördert wird? Der Wortlaut ist vielleicht der ersten, der Zweck der Bestimmung aber sehr entschieden der zweiten Auffassung günstig; ihr hat sich daher mit Recht Theorie (Schollmeyer, Staub) wie Praxis (s. RG. 50 Nr. 31 S. 141 und OLG. Kiel in Rspr. III S. 204, vom 11. VI. 1901) vorwiegend angeschlossen. Anders freilich Romeick, Fristbestimmung S. 26 (s. auch denselben in DJZ. 6 493). Er nimmt, wenn innerhalb der Nachfrist nichts weiter geliefert wird, völlige Nichterfüllung der geschuldeten Restleistung an. Aber danach könnte bei Ausbleiben eines nach dem Vertragszweck vielleicht minimalen Restbetrages der ganze Vertrag sich auflösen, z. B. X hat mir das Haus geliefert, säumt aber, auch innerhalb der gestellten Nachfrist, mit der Herausgabe des Hausschlüssels. Das hieße mit Kanonen nach Spatzen schießen und den einen leicht viel mehr schädigen, als dem andern genützt wird — denn dessen berechtigten Interessen wird bereits durch S. 3 vollauf Genüge geleistet. Gegen Romeick auch Planck Nr. 3.

c) Gehören zur teilweisen Nichterfüllung auch die Fälle, wo der Schuldner hinter dem ihm Obliegenden nicht quantitativ, sondern qualitativ zurückgeblieben ist; wo seine quantitativ vollständige Leistung Mängel aufweist? Die Frage wird verneint vom OLG. Hamburg bei Seuffert 60 Nr. 29 S. 54; hier sollen nur die besonderen Rechte wegen des Mangels zur Anwendung kommen. Das dürfte in der Tat zutreffen, s. auch die Bemerkungen zu § 323 Nr. 7. Allerdings braucht der Gläubiger die mangelhafte Leistung möglicherweise nicht anzunehmen: aber dann liegt eben keine teilweise, vielmehr vollständige Nichterfüllung der (vertragsmäßigen) Leistung vor.

d) Stark bestritten ist die Frage, ob der bloße **Verzug des Käufers** in Erfüllung seiner **Abnahmepflicht** (§ 433 Abs. 2) als teilweise Nichterfüllung im Sinne des § 326 Abs. 1 S. 3 zu erachten sei? S. dazu Hohenstein, Gruchots Beitr. **48** 503 ff. und ArchBürgR. **25** 69 ff. Die herrschende Lehre leugnet die Anwendbarkeit, so besonders Staub, Exkurs zu HGB. § 374 Anm. 143 ff., Lippmann DJZ. **04** 800, für die Regel der Fälle auch Hohenstein aaO.; nicht minder die vorwiegende Praxis, (s. zu dieser auch die weiteren Angaben bei Warneyer, BGB. zu § 326 Nr. 2), so RG. Bd. 50 S. 143, Bd. 53 Nr. 40 S. 156 und Bd. 57 Nr. 25 S. 108 ff., sowie in der DJZ. **04** 342 und vom 11. VII. 1905 im „Recht" **05** 470; ebenso das OLG. Stuttgart vom 17. X. 1902, DJZ. **02** 584, Rspr. VI S. 48 ff. Anders Rosenberg, Iherings Jahrb. **43** 261 ff., Düringer-Hachenburg, Kommentar zum HGB. III S. 108 ff., ferner OLG. Marienwerder in Rspr. VI S. 50 und OLG. Karlsruhe das. 51. Die herrschende Lehre beruft sich wohl mit Recht darauf, daß die Abnahmepflicht nur eine Nebenpflicht neben der Zahlungspflicht sei, zu den Verkäuferpflichten nicht in einem synallagmatischen Verhältnis stehe, die Anwendung der Regeln über die gegenseitigen Verträge daher auf sie nicht am Platze sei. Indes trifft das, wie sowohl das RG. 53 Nr. 40 als Hohenstein bemerken, nur im allgemeinen zu, es kann Fälle geben, wo die Ab- oder Wegnahme der Sache die einzige oder doch vornehmste Pflicht des „Käufers" bildet. So auch Planck zu § 433 Nr. 7 b a. E., Jacobi, Iherings Jahrb. **45** 288, Kober-Staudinger zu § 433 Nr. IX 2 c. Hier steht der Anwendbarkeit des § 326 darauf nichts im Wege. Aber das sind auch keine reinen Kauf-, sondern gemischte oder gar vollauf andersartige

Verträge. Von dem möglichen Fehlen des Preises abgesehen, geht hier die Tätigkeit des „Käufers" über die bloße Wegnahme einer zur Verfügung gestellten „Kaufsache" doch weit hinaus.

c) Dagegen gehört es zur teilweisen Nichterfüllung im Sinne des § 326, wenn eine Partei ihre Pflicht zur Herstellung einer Vereinbarung über vorbehaltene Punkte, zur Vornahme einer sog. Spezifikation nicht erfüllt, weil das Hauptpflichten sind. So OLG. Hamburg bei Seuffert 59 Nr. 74. S. 134.

4. **Einer Fristsetzung bedarf es nicht** (Abs. 2), wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den anderen Teil kein Interesse hat. Das entspricht dem Gemeinen (Windscheid § 280 No. 1; RG. bei Seuffert Bd. 50 Nr. 10) und Sächsischen Recht (§ 865) und ähnelt der allgemeinen Bestimmung in § 286 BGB. Aber während dort der Mangel des Interesses an der Leistung überhaupt erfordert wurde, wird hier ein solcher an der Vertragserfüllung, am Austausch der beiderseitigen Leistungen, für ausreichend erklärt; das entspricht dem Gegensatz zwischen § 280 Abs. 2 und 325 Abs. 1 S. 2, s. die entsprechend verwertbare Bem. 3 zu § 325, sowie RG. ZS. II vom 4. XI. 1904 bei Seuffert 60 Nr. 97 S. 190. Ohne diesen Unterschied würde Abs. 2 fast ganz inhaltlos sein, da das Interesse an der Leistung als solcher infolge des Verzuges nur sehr selten erloschen sein wird, aber sehr häufig das Interesse daran, sie für die Gegenleistung zu erlangen.

Der Wegfall des Interesses muß, um die Rechte des Abs. 2 zu gewähren, nach dem deutlichen Wortlaut eine wenigstens mittelbare Folge des Verzuges sein (s. Goldmann-Lilienthal S. 386). Voraussehbar für den Schuldner braucht dieser Erfolg seines Verzuges dagegen nicht gewesen zu sein.

Ein Fixgeschäft wird hier nicht vorausgesetzt — über solche handelt vielmehr § 361 — sondern es genügt die Tatsache, daß nach der jetzigen, wennschon früher nicht vorausgesehenen und voraussehbaren, Situation die Leistung für den Gläubiger kein Interesse hat. Auch der Umstand, daß das Interesse des Gläubigers erst wegen einer von ihm selbst vollzogenen anderweiten Deckung seines Bedürfnisses erloschen ist, kann die Anwendbarkeit des Abs. 2 nicht ausschließen: denn der vom Schuldner im Stich gelassene Gläubiger hat dazu ein gutes Recht, und der Verzug selbst war die Ursache der Notwendigkeit solcher Deckung, also auch die mittelbare Ursache für den Wegfall des Interesses. Z. B.: Droschkenfahrt zum Bahnhof; ein zu Examenszwecken benötigtes Buch; ein Ballkleid.

Aber in diesen Fällen tritt, im Gegensatz zu Abs. 1, die Wirkung nur zu Gunsten des Gläubigers ein: er hat die Rechte der dort bezeichneten Art, aber der Anspruch auf Erfüllung, wenn er sie noch verlangt, ist nicht ausgeschlossen. Das ergibt sich aus Wortlaut und Sinn der Bestimmung, s. auch Seuffert 60 Nr. 71 S. 136–7. Anders, wenn die Leistung überhaupt nicht mehr tunlich ist, indem sie sich jetzt als eine wirtschaftlich ganz andere herausstellen würde. Dann bestimmt sich die Wirkung je nachdem gemäß §§ 323, 324, 325.

Zu bemerken ist noch:

a) Die bloße Tatsache einer ungünstigen Entwicklung der Preisverhältnisse läßt die Bedingung des mangelnden Interesses an der Leistung noch nicht eintreten, KG. vom 20. VI. 1901 in OLG. Rspr. IV S. 19.

b) Äußerst streitig ist die Frage geworden, ob von der Fristsetzung auch in dem Falle Abstand genommen werden könne, wenn der Gläubiger zwar noch Interesse an der Vertragserfüllung hat, der Schuldner aber von vornherein die Vollziehung der Leistung geweigert hat.

α) Daß trotzdem noch die Frist gesetzt werden müsse, nimmt besonders Staub, Erk. zu § 374 Anm. 75 (anders neuerdings in seinen „positiven Vertragsverletzungen", 1904, S. 54 5) an, ferner Sänger, Verzug beim Kauf S. 12 und die dort zitierten, Brückmann DJZ. 02 220, Planck Nr. 2d, Rehbein S. 198, Erler, Recht 01 421. Aus der Praxis ebenso OLG. Posen in Rspr. III S. 9 und OLG. Breslau das. IV S. 14.

β) Die entgegengesetzte Ansicht ist im ganzen die vorherrschende; dafür Denkschrift zum Entwurf des HGB.; ferner Dernburg § 98, IV, 1; Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 4d; A. Riedner DJZ. VI S. 443ff.; Romeick, Fristbestimmung S. 97 (auf Grund der früheren Praxis); G. Rümelin, Dienst- und Werkvertrag S. 207 8; vor allem aber das Reichsgericht, ZS. II vom 11. VII. 1902, Bd. 52 Nr. 40 S. 152ff.; derselbe Senat vom 4. XI. 1902, Bd. 53 Nr. 4 S. 12; daselbst Nr. 40 S. 166, sowie mit besonderer Begründung Bd. 57 Nr. 25 S. 113, s. auch JW. 05 17–8. Ferner

RG. bei *Seuffert* 57 Nr. 58 S. 98 und OLG. Rspr. IV S. 16 (11. XI. 1901), OLG. Königsberg bei *Seuffert* 57 Nr. 208 S. 391, OLG. Hamburg das. Nr. 237 S. 442 und Nr. 238 S. 447. Weitere Angaben bei *Warneyer* BGB. § 326, II; vermittelnd *Hangen* DJZ. 03 50.

Trotzdem erscheint die herrschende Lehre unbegründet. Sie hat nicht die mindeste Stütze im Gesetz und widerspricht den Interessen des Schuldners, der durch sie für ein vielleicht unbedachtes Wort auf unverhältnismäßig scharfe Art bestraft würde. Ob die Weigerung früher ernstlich gemeint war, läßt sich keineswegs immer leicht feststellen. Erst wenn es nach gestellter Nachfrist Ernst wird, hat der Schuldner Anlaß, sich die Folgen seines Verhaltens entscheidend zu überlegen; es ist anzunehmen, daß er in sehr zahlreichen Fällen nunmehr von der anfänglichen Weigerung Abstand nehmen werde. Dagegen kommt die frühere handelsrechtliche Praxis umsoweniger in Betracht, als sie sich (s. RG. 7 44) auf die für das bürgerliche Recht unmaßgeblichen Sonderverhältnisse des Handelsverkehrs bezieht. Dasselbe gilt gegenüber *Riedners* Erwägungen. Ebensowenig ist erfindlich, wieso die Weigerung des Schuldners ohne weiteres eine *positive Vertragsverletzung* darstellen soll (so RG. 57 25), oder wieso in der Erfüllungsweigerung ein *Verzicht* des Schuldners auf die Fristsetzung, oder eine Parteiabsicht zu unterstellen sei, daß die Weigerung der Erfüllung dem Gläubiger die Rechte aus § 326 verleihen solle (*Hangen*; gelegentlich auch das RG. 52 152; dagegen *Endemann* DJZ. 03 161). Daß im Einzelfall eine solche stillschweigende Abrede vorliegen *kann*, ist natürlich ebensowenig zu bezweifeln, wie daß *möglicherweise* infolge der Weigerung des Schuldners das Interesse des Gläubigers an der Vertragserfüllung erloschen und dadurch die Anwendbarkeit des Abs. 2 gegeben sein kann (so in der Tat anscheinend in dem der grundlegenden Entsch. des RG. 52 Nr. 40 unterliegenden Fall). Es wird das besonders in den Fällen des *Handelsrechts* sehr leicht anzunehmen sein, und dadurch dessen besonderen Bedürfnissen Rechnung getragen werden können (s. auch die bei *Dernburg* § 98, IV erwähnten anderen handelsrechtlichen Fälle einer eventuell unnötigen Fristsetzung).

c) Möglicherweise entfällt auch bei nur *teilweiser Nichterfüllung* das Gläubigerinteresse an der Vertragserfüllung, sodaß es auch in diesem Fall einer Nachfristsetzung nicht bedarf. Und zwar ist dabei denkbar ein doppeltes (s. *Matthiaß* S. 394): entweder ist das Interesse des Gläubigers an der *ganzen Vertragserfüllung* (einschließlich der bereits vorher geleisteten oder der noch nicht fälligen Erfüllungsposten) weggefallen, alsdann Rücktritt usw. auch wegen dieser, oder nur das Interesse an der noch ausstehenden Restleistung. Da Abs. 2 dem Gläubiger bei Interessewegfall die Rechte des Abs. 1 verleiht, entspricht diese unterscheidende Behandlung des Teilverzuges unmittelbar dem Wortlaut des Gesetzes.

5. Der **Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung** entspricht inhaltlich genau dem in § 325 gewährten; die dort mitgeteilte Kontroverse bezieht sich daher in genau entsprechender Weise auch auf den Fall des § 326 und ist dabei entsprechend zu entscheiden, s. Bem. 1b zu § 325. Damit hängt auch die Streitfrage zusammen, ob der Schadensersatz im Bürgerlichen Recht auch nach der sogen. *abstrakten Methode* berechnet werden könne, s. darüber *Adler*, ArchBürgR. 17 139 und dort Zitierte.

6. **Nachlieferung vor Rücktritt:**

Kann der Schuldner dem Rücktritt des Gläubigers noch durch nachträgliche Lieferung entgehen, wenn dieser dazu berechtigt war, ihn aber noch nicht erklärt hat? Jedenfalls nicht im Fall des Abs. 1 (Ablauf der Nachfrist), weil hier das Gesetz den Anspruch auf Erfüllung für ausgeschlossen, diese also fiktiv als unmöglich erklärt. Nur kraft eines besonderen *Vertrages* mit dem Gläubiger kann hier der Schuldner das Recht wiedergewinnen, durch Erfüllung das Rücktrittsrecht und den Schadensersatzanspruch des Gläubigers noch abzuwenden.

Ebenso in den Fällen des Abs. 2. Hier werden zwar dem Gläubiger nur die Rechte aus Abs. 1 gewährt, von dem Ausschluß des Erfüllungsanspruchs ist nicht die Rede. Da aber Abs. 2 ein mangelndes Interesse des Gläubigers an der Erfüllung bereits voraussetzt, kann ihm unmöglich der Schuldner die Leistung noch aufdrängen dürfen, wenn er sie nicht haben will und sich nur noch nicht über die Auswahl unter seinen verschiedenen Gerechtsamen schlüssig gemacht hat. So auch OLG. *Marienwerder* vom 23. IX. 1902, Rspr. VI S. 52. Der Unterschied liegt nur darin, daß der Gläubiger das Angebot als Erfüllung annehmen *kann*, ohne daß es dazu des Abschlusses eines weiteren Vertrages bedürfte.

7. **Sonstige Rechte des Gläubigers:** Neben den in § 326 gewährten Rechten kommen natürlich die für alle Schuldverhältnisse dem Gläubiger gewährten auch für den gegenseitigen Vertrag zur Anwendung, namentlich auch die aus § 286.

8. Was den **Beweis** anlangt, so muß der Gläubiger die Stellung und den Ablauf der Frist, im Fall von Abs. 2 den Wegfall des Interesses beweisen; gegen jenen Beweis hat der Schuldner die Erfüllung innerhalb der Frist darzutun.

§ 327.

Auf das in den §§ 325, 326 bestimmte Rücktrittsrecht finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 entsprechende Anwendung. Erfolgt der Rücktritt wegen eines Umstandes, den der andere Teil nicht zu vertreten hat, so haftet dieser nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.

E. I 369³, E. II 279, RV. 321. — Mot. S. 211, Prot. S. 650—3.

1. Die Vorschrift des § 327 entspricht der des § 286. Insbesondere wird durch sie auch § 355 (s. diesen) für anwendbar erklärt.

Wohl mit Recht nimmt Kipp (zu Windscheid S. 310, e) an, daß der Schuldner dem Gläubiger auch für die Ausübung des Rechts auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wie nach § 280 Abs. 2, eine Frist setzen könne.

Eine Beschränkung wegen des Haftungsumfanges gibt dazu S. 2, wonach die Erstattungspflicht sich gemäß § 812 ff. auf das derzeit Vorhandene beschränkt. S. über das Verhältnis der beiden Haftungen die Erlanger Dissert. von Fürle, 1904.

2. Satz 2 kommt zur Anwendung nur in dem Falle des § 325 Abs. 2 (Fristsetzung nach eingetretener Verurteilung), da sonst überall für den Rücktritt ein vom Gegner zu vertretender Umstand vorausgesetzt wird. A. A. anscheinend Stammler S. 146.

Dritter Titel.

Versprechen der Leistung an einen dritten.

Vorbemerkung.

Anspruch des Promissars 1. | Form 4. | Versprechen der Leistung durch einen Dritten 6.
Anspruch des dritten 1. | Rechtsgrund 2. | Wirtschaftl. Bedeutung 2.
Anwendungsfälle 5.

Literatur: a) bisherige: Gareis, Verträge zu Gunsten dritter, 1873; Ehrenzweig, Die sogenannten zweigliedrigen Verträge, insbesondere die Verträge zu Gunsten dritter, 1895; b) neue: Stammler, S. 165 ff, vorzüglich Hellwig, Verträge auf Leistung an dritte, 1899 (dazu v. Tuhr, KrVJSchr. 01 542 ff.); Dissert. von Stahl, Bonn 1899, Georgi, Tübingen 1900, Zerich, Jena 1901, Meyer, daselbst 1902. Manches auch bei Dniestrzánski, Aufträge zu Gunsten eines dritten, Bd. I, 1904.

1. **Bisheriges Recht; Grundprinzip:** Daß durch Vertrag eine Leistung an einen dritten mit der Wirkung ausgemacht werden kann, daß der Promissar darauf klagen könne, ist im Rahmen der allgemeinen Vertragserfordernisse selbstverständlich und auch schon im altrömischen Recht, ein entsprechendes Interesse des Gläubigers vorausgesetzt, anerkannt. Für das BGB. ergibt es sich aus § 335.

Davon zu scheiden sind aber die eigentlichen Verträge zu Gunsten dritter in dem Sinne, daß der dritte selbst nicht nur die Vorteile des Vertrages, sondern auch ein eigenes Klagerecht daraus erwerben soll, womit natürlich ein danebenstehendes Recht des Promissars nicht unverträglich ist (§ 335). Diese Abreden wurden in Rom im allgemeinen verworfen und erst spät in einzelnen besonderen Fällen anerkannt. Das GR. hat dies verallgemeinert, allerdings nicht ohne viele Zweifel und Meinungsverschiedenheiten, namentlich zwischen der sog. Beitritts- und Anwachsungstheorie, während die Partikularrechte vielfach weniger weit gingen: das Landrecht —

ähnlich auch SächsGB. §§ 854.5 — gab dem dritten ein Klagerecht nur auf Grund seines Beitrittes, wovon indes die Praxis für manche Fälle (z. B. Gutsüberlassung) auf Grund recht gewundener Deduktionen Abstand nehmen zu dürfen geglaubt hat.

Das BGB. folgt der modernen gemeinrechtlichen Doktrin (Unger, Gareis, Windscheid). Es erkennt die Möglichkeit von den dritten berechtigenden Verträgen an und geht dabei unter Verwerfung der Beitrittstheorie von der Möglichkeit einer sofortigen Anwachsung des Rechtes an den dritten aus, die auch allein in unserer Kategorie eine selbständige Rechtsfigur zu sehen uns berechtigt (s. Kipp in Iherings Jahrb. 36 353ff.). Natürlich bleibt es den Parteien unbenommen, eine schwächere Wirkung zu vereinbaren, s. § 328 und Bem. dazu.

Aber neben diesen „berechtigenden" bleiben die „ermächtigenden" Verträge auf Leistung an dritte (Hellwig) auch für unser Recht bestehen; bei ihnen ist Gläubiger nur der Versprechensempfänger, und die Besonderheit besteht nur darin, daß der Schuldner sich durch die Leistung an den dritten statt an den Versprechensempfänger befreien kann. Ihre Bedeutung hat gegenüber der früheren Vernachlässigung Hellwig dargelegt und nachgewiesen, daß von ihnen auszugehen ist und dann erst die weiteren Wirkungen der „berechtigenden" Verträge auf Leistung an dritte dargelegt werden können (S. 43).

2. Über den **Rechtsgrund und die wirtschaftliche Bedeutung** der Verträge zu Gunsten dritter lassen sich die Kommissionsprotokolle S. 755 wie folgt in höchst beachtenswerten Worten aus:

„Das Versprechen zu Gunsten eines dritten hat seinen Rechtsgrund in dem Verhältnisse des Versprechensempfängers zu dem dritten. Dieser Rechtsgrund kann verschiedenster Art sein. Die allgemeine wirtschaftliche Bedeutung des Versprechens zu Gunsten dritter liegt darin, daß es eine Zuwendung aus dem Vermögen des Versprechenden an den dritten ermöglicht, ohne die Notwendigkeit der doppelten Übertragung des Vermögensgegenstandes zunächst vom Versprechenden an den Versprechensempfänger, dann von diesem an den dritten."

S. aber auch Hellwig S. 42ff.

Es ist genauer eine doppelte Kausalbeziehung zu unterscheiden:

a) Diejenige zwischen dem Versprechensempfänger und dem dritten (z. B. er ist dessen Schuldner und will sich durch die Leistung des Versprechenden an ihn von der Schuld befreien; er will ihn mittelst ihrer beschenken, ihm ein Darlehen geben usw.). Ist sie nichtig oder fällt sie weg, so kann der Versprechensempfänger vom dritten den Anspruch auf die Leistung oder das daraus bereits Erlangte mit einem Bereicherungsanspruch herausverlangen. Dies selbst dann, wenn der dritte dem Schuldner gegenüber bereits ein unentziehbares Recht erlangt hatte, s. Hellwig S. 343. Aber nicht kann der Schuldner aus dem genannten Grunde Einwendungen gegen den dritten erheben.

Dahin gehört auch der Fall, wenn die causa wegen Formmangels (z. B. als Schenkungsversprechen wegen § 518) nichtig ist. Das trifft indes dann nicht zu, wenn der dritte bereits ein unentziehbares Recht gegenüber dem Schuldner erworben hatte: denn damit ist die Schenkung als vollzogen, der Formmangel als geheilt anzusehen, Hellwig S. 348.

b) Die Kausalbeziehung zwischen dem Versprechensempfänger und dem Schuldner, s. dazu § 334 und Bem. dazu. Darüber gelten die allgemeinen Regeln. Die Leistung an den dritten erscheint dabei überall im Rechtssinn als Leistung an den Versprechensempfänger (event. im Sinne einer Gegenleistung); ihm kommt hier der Leistungserfolg „auf besondere Weise" (Hellwig S. 45) zu. Dies gleichmäßig bei den ermächtigenden und den berechtigenden Verträgen auf Leistung an dritte.

Um die befreiende Wirkung der Leistung an den dritten rechtlich zu konstruieren, bedarf man weder der Annahme einer Bevollmächtigung des dritten noch einer Gesamtgläubigerschaft desselben neben dem Versprechensempfänger (so Hellwig S. 93ff., 313, ersteres bei den ermächtigenden, letzteres bei den berechtigenden Verträgen auf Leistung an dritte); der Grund liegt einfach darin, daß die Leistung an den dritten Vertragsinhalt bildet (Enneccerus S. 452, Planck Vorbem. Nr. 1).

c) Eine besondere Kausalbeziehung zwischen dem Versprechenden und dem dritten besteht nicht; es können also auch aus solcher keine Einwendungen hergeleitet werden. Da aber jener sein Versprechen nur als Bestandteil seines Vertrages mit dem Versprechensempfänger abgegeben hat, so kann der dritte ihn auch nicht weiter in

Anspruch nehmen, wie es ohne die Klausel der Leistung an ihn allein der Versprechensempfänger hätte tun können. Die Pflicht ist dem dritten gegenüber zwar abstrakt übernommen, aber inhaltlich kausal beschränkt, daher sind Einwendungen aus dem Vertrage auch dem dritten gegenüber statthaft, § 334, nicht minder können (so richtig Planck zu § 328 Nr. 4) die aus dem Schenkzweck des Versprechens entspringenden Beschränkungen dem dritten gegenüber geltend gemacht werden, obwohl der Versprechende ihm nichts geschenkt hat.

3. **Der dritte.** Als solcher kann jede nicht zu den Vertragsparteien gehörige physische oder juristische Person auftreten. Besondere Erfordernisse stellt das Gesetz nicht auf. Insbesondere braucht der dritte nicht notwendig eine im Vertrage selbst bereits bestimmte Person zu sein; seine Feststellung kann dem Vertragsempfänger (s. § 332) wie einem Unbeteiligten überlassen werden, s. Hellwig S. 222.

Über den Rechtsgrund seiner Berechtigung s. Bem. 1/2 zu § 328.

4. **Form:** Einer besonderen Form ist der Vertrag auf Lieferung an dritte als solcher nicht unterworfen; es kommt auf die Eigenart des Geschäftes zwischen den beiden Vertragschließenden an, Hellwig S. 66ff., mißverständlich Matthiaß S. 401.

5. **Einzelne Fälle.** Verträge auf Leistung an dritte kommen besonders häufig vor: beim Versicherungs- und Leibrentenvertrage, beim Gutsüberlassungsvertrage, bei der Schenkung mit einer Auflage (s. darüber § 330), beim Frachtgeschäfte (HGB. §§ 433ff.). Ein Vertrag auf Leistung an dritte ist ferner meist die kumulative Schuldübernahme, s. Kipp aaO., sowie die Hinterlegung (§§ 372ff.), s. Bem. dazu.

Andererseits erschöpft sich der Bereich des „Vertrages zu Gunsten eines dritten“ nicht in der hier behandelten Klasse des „Versprechens der Leistung an einen dritten“. Es gibt auch:

a) liberatorische Verträge zu Gunsten dritter (z. B. Versprechen einer fremden Schuld (Expromission), Zahlung derselben, s. Ehrenzweig aaO., S. 20, 34ff.

b) Erbverträge zu Gunsten dritter, § 1941; auch derlei Eheverträge, §§ 1432ff.

c) daß im geltenden Recht auch dingliche Verträge dieser Art vorkommen, ist bisher nicht nachgewiesen; so auch Hellwig S. 40–1, 53 (gegen Unger). Bei ihnen würde jedenfalls das charakteristische Moment fehlen — die besondere Rechtsbeziehung zwischen zwei Parteien, die aber gelöst werden kann durch Leistung an eine andere, dabei unbeteiligte Person.

6. **Versprechen der Leistung durch einen dritten**, s. dazu Wieland, ArchZivPrax. **95** 163ff., 186, s. auch dessen „Wechsel“, 1901, § 19; ferner oben Bem. 1 zu § 305. Ein weniger oft vorkommender, wissenschaftlich bisher noch wenig untersuchter Fall. Ein Versprechen dieser Art kann u. a. in der Anweisung liegen; es muß das freilich nicht, da der Anweisende nicht notwendig dem Empfänger gegenüber die Garantie für die Anweisungssanierung übernimmt. Ob es anzunehmen sei, hängt mangels besonderer Abrede von dem Interesse ab, dem die Anweisung dienen soll. Soll sie ausschließlich demjenigen des Empfängers dienen, so kann ein solches Garantieversprechen unterstellt werden, z. B. beim Kreditbrief, Wieland S. 203. Dann aber auch in allen Fällen, wo der Empfänger sich das Recht ausbedungen hat, die Anweisung weiter zu begeben, Wieland aaO.; ein Recht, das bei der verbrieften Anweisung die Regel bildet.

§ 328.

Durch Vertrag kann eine Leistung an einen dritten mit der Wirkung bedungen werden, daß der dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern.

In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags, zu entnehmen, ob der dritte das Recht erwerben, ob das Recht des dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen und ob den Vertragschließenden die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern.

E. I 142[1], 413—4, E. II 280, 280, RV. 322. — Mot. S. 265—71, Prot. S. 749—65. DS. 76.

1. **Die Grundlage des Rechtes des dritten** ist der Vertrag; über Form, Erfordernisse usw. gelten die allgemeinen Grundsätze. Daß der dem dritten und nicht oder doch nicht allein dem Promissar ein Recht geben soll, macht für seinen Charakter, den etwaigen Formzwang usw. keinen Unterschied: diese Fragen beantworten sich nur nach der causa des Versprechens dem Promissar gegenüber, nicht nach derjenigen der darin liegenden Leistung des Promissars an den dritten. S. Näheres überall in den Vorbemerkungen.

2. Das Recht des dritten beruht **unmittelbar** auf dem Vertrage, ebenso wie das des Promissars; für eine besondere einseitige Erklärung des Schuldners neben dem Vertrage als seiner Grundlage liegt kein Anhalt, auch kein Bedürfnis vor. Das entspricht auch der bisherigen Doktrin (s. Gareis S. 245) und dem Wortlaut von Abs. 1; die gegenteilige Konstruktion von Stammler S. 173 kann nicht überzeugen. So auch die meisten, s. Enneccerus S. 451, Schollmeyer Nr. 2, Hellwig S. 256, der zwar — wohl mit Recht — annimmt, daß es sich dem dritten gegenüber um eine einseitig wirksame (weil von seiner Mitwirkung unabhängige) Verpflichtungserklärung handle. Aber sie wird nur durch den Zusammenschluß der beiderseitigen Parteiwillen, nicht allein vom Versprechenden, hervorgerufen. Teilweise wie Stammler dagegen Matthiaß S. 397.

3. **Wann aber erwirbt der dritte ein unmittelbares Recht?**

a) Entscheidend ist zunächst natürlich die Besonderheit der Abrede, ausgelegt nach Treu und Glauben (§ 157). So hat z. B. das RG. ZS. I vom 13. IV. 1889 (JW. **89** 232) unter der Herrschaft des alten Rechts angenommen, daß aus der Ausstellung des Schuldscheins auf den dritten die Absicht zu folgern sei, ihm ein direktes Recht zu vermitteln.

b) Mangels einer „besonderen Bestimmung“ verweist § 328 Abs. 2 auf die Umstände, insbesondere den **Zweck** des Vertrages. Damit ist aber richtiger Ansicht nach nicht der — schwer auszumittelnde und oft zweideutige — konkrete Vertragszweck gemeint; es kommt vielmehr auf den typischen, mit einem derartigen Schuldverhältnisse regelmäßig verfolgten Zweck an. So treffend Hellwig S. 149: es entscheidet, „was nach der Auffassung des Lebens und des Verkehrs als der Zweck eines Vertrages der vorliegenden Art erscheint“. Daraus entnimmt Hellwig die Vermutung für ein direktes Recht des dritten in folgenden Fällen:

α) Wenn der dritte im ausschließlich alleinigen Interesse (in rem suam) in das Schuldverhältnis einbezogen wurde, Hellwig S. 151. Allgemein ferner bei einer dem dritten durch den Vertrag zu vermittelnden unentgeltlichen Zuwendung, S. 158, z. B. bei der Lebensversicherung.

β) Bei allen Beförderungsverträgen, Hellwig S. 152, 523 (wegen der Verschiedenheit des Erfüllungs- vom Aufgabeort). So auch bei der Postanweisung, S. 523, doch ist das keineswegs allgemein anerkannt, anders wenigstens bisher für die Postanweisung und den Geldbrief das RG. ZS. III vom 17. II. 1899, Seuffert 55 Nr. 135 S. 271. Diese besondere Frage kann hier, weil mit dem Handels- und dem besonderen Postrecht untrennbar verbunden, nicht verfolgt werden.

4. **Beschränkungen**: Die Kontrahenten können dem dritten das Recht sofort und unmittelbar zuwenden, brauchen es aber nicht, Abs. 2. Ob und welche Beschränkungen anzunehmen sind, ist Tatfrage: so wird z. B. beim Versicherungsvertrage nach dessen Art und Zweck Widerruflichkeit im Zweifel anzunehmen sein, ebenso bei Gutsüberlassungen.

5. **Widerruflichkeit**: Die Fragen des sofortigen Rechtserwerbes für den dritten und der Unwiderruflichkeit müssen durchaus geschieden werden; mit ersterem ist eine Widerruflichkeit wohl vereinbar: das Recht ist dem dritten dann eben unter einer entsprechenden Resolutivbedingung erworben. Beispiele geben die bei Nr. 4 a. E. erwähnten Fälle. Ebenso ist das Gegenteil möglich: unwiderrufliche Kollektivofferte an den dritten; s. auch den Fall § 331 Abs. 2. Anders für diesen freilich E. I § 414 und Mot. S. 271. Für Unwiderruflichkeit wird entschieden im Fall des § 527.

6. Ebenso kann das Recht des dritten noch **bedingt, befristet oder sonst beschränkt** sein. Ist der dritte, was zulässig (arg. § 331 Abs. 2), eine noch nicht erzeugte Person, so steht der Vertrag unter der Rechtsbedingung seines Existentwerdens, s. Mot. S. 270.

Zu bemerken ist noch:

a) Ist der dritte im Vertrage noch nicht bestimmt, so kann man von seinem Rechte, selbst einem bedingten, überhaupt noch nicht reden, da auch ein bedingtes Recht einen bestimmten Träger erfordert, Hellwig S. 215. Aber immerhin liegt der Fall dem des bedingten Rechts ähnlich: mit der Bestimmung oder dem Existentwerden erlangt der dritte das Recht ohne weiteres.

b) Aus der Bedingtheit oder Betagtheit des Rechts des dritten folgt noch nicht ohne weiteres seine Widerruflichkeit für die Vertragsparteien. So richtig Matthiaß S. 400.

c) Anhaltspunkte dafür, wann das Recht des dritten nur als befristet erworbenes anzunehmen ist, gibt Hellwig S. 218.

7. Ob der etwa **vorbehaltene Rücktritt** vom ganzen Vertrage nur beiden Kontrahenten gemeinsam oder einem von ihnen bezw. jedem einzeln zustehen soll, ergibt sich aus dem Einzelfall. Sehr oft wird der Versprechensempfänger allein das Recht haben, so bei Lebensversicherungen, s. ferner § 332, selten der Versprechende. Bei Gutsüberlassungen steht es nur beiden zusammen zu.

Über den Rücktritt s. namentlich Hellwig S. 304 ff. Hat der dritte das Recht bereits erworben, so bedarf der Rücktritt mangels besonderen Vorbehalts natürlich seiner Zustimmung.

8. Den **Beweis** seines Rechtes muß natürlich gegebenenfalls der dritte führen, da rechtsbegründende Tatsachen der Kläger darzutun hat. Hat er jedoch einen Vertragszweck dargelegt, aus dem sich nach Abs. 2 an sich sein Recht unbeschränkt ergeben würde, so muß der Gegner demgegenüber etwaige besondere Beschränkungen beweisen.

§ 329.

Verpflichtet sich in einem Vertrage der eine Teil zur Befriedigung eines Gläubigers des anderen Teiles, ohne die Schuld zu übernehmen, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Gläubiger unmittelbar das Recht erwerben soll, die Befriedigung von ihm zu fordern.

E. I 318[1], E. II 281, RV. 323. — Mot. S. 147—8, Prot. S. 426.

Literatur: Hellwig S. 159 ff.

§ 329 behandelt den Fall der **Erfüllungsübernahme**, im Gegensatz zu der in den §§ 414–9 geregelten Schuldübernahme, bei der der Versprechende wirklich Schuldner in dem alten Verhältnis werden soll. Aus jener dagegen ist im Zweifel nur der Schuldner als Versprechensempfänger gegenüber dem Versprechenden berechtigt. Aber wenn auch ausnahmsweise der Gläubiger daraus Rechte erwirbt, so ist es doch nicht seine alte Forderung, sondern eine neue aus dem Erfüllungsvertrage entspringende, die er damit erlangt — wichtig namentlich wegen der Verjährung und der Nebenrechte.

Eine solche bloße Erfüllungsübernahme wird als das minus im Zweifel immer anzunehmen sein, was auch der Passus „ohne die Schuld zu übernehmen" dartut: diese Übernahme ist besonders zu beweisen. So auch ausdrücklich E. I § 318. S. darüber auch die feinen Bemerkungen bei Hellwig S. 191 (das, was der dritte fordern könnte: Zahlung, wäre etwas anderes, als was der Versprechensempfänger fordern kann: Schuldbefreiung, zu der die Zahlung nur ein mögliches Mittel ist).

Ob diese Erfüllungsübernahme wirklich dahin zu verstehen ist, daß der Übernehmer die Gläubiger geradezu befriedige, oder nur dahin, daß er eine Nichtinanspruchnahme des Schuldners verspreche, ist eine nach dem typischen Vertragszweck (s. Nr. 3b zu § 328) zu beurteilende — Tatfrage; eine Vermutung für das letztere, wie sie Entw. I Abs. 1 S. 1 hatte, ist dem BGB. fremd.

§ 330.

Wird in einem Lebensversicherungs- oder einem Leibrentenvertrage die Zahlung der Versicherungssumme oder der Leibrente an einen

Dritten bedungen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwerben soll, die Leistung zu fordern. Das Gleiche gilt, wenn bei einer unentgeltlichen Zuwendung dem Bedachten eine Leistung an einen Dritten auferlegt oder bei einer Vermögens- oder Gutsübernahme von dem Übernehmer eine Leistung an einen Dritten zum Zwecke der Abfindung versprochen wird.

E. II 282, RB. 324. Prot. — S. 751 ff.

1. Der § 330 gibt in den — praktisch besonders wichtigen — dort aufgeführten Fällen eine **Vermutung für einen unmittelbaren Rechtserwerb des dritten.** Eine nähere Bestimmung der im Text genannten Verträge ist hier nicht am Platze, darüber ist das für sie bestehende Recht maßgebend: wegen des Leibrentenvertrages s. §§ 759 ff.; über Schenkung unter einer Auflage § 525; über Vermögensübernahme § 311; s. übrigens EG. Art. 75, 96. Von den Fällen der Schenkung unter Auflage wird man mit Hellwig S. 156 nur die hierher rechnen, bei denen die Absicht zugleich auf einen direkten Erwerb des dritten geht, nicht auch die, wo die Auflage nur die Tilgung einer Schuld an ihn vermitteln sollte — für sie verbleibt es bei der Vermutung des § 329.

2. In diesen Fällen braucht also der dritte nicht einen **besonderen Beweis** dafür zu erbringen, daß ihm ein Recht unmittelbar, ohne das Erfordernis seines Beitritts, ausbedungen, sei. Nicht ist damit geschaffen eine weitere Präsumtion

a) für sofortigen Rechtserwerb: gerade bei Lebensversicherungen entsteht das Recht meist erst später, § 331.

b) für eine Widerruflichkeit des Rechtserwerbes; auch in dieser Beziehung ist vielmehr speziell bei Lebensversicherungen meist das Gegenteil der Fall, s. dazu Ehrenberg, Iherings Jahrb. **41** 370.

c) auch eine Vermutung dafür, daß die im Lebensversicherungsvertrage aufgeführten „Erben" als dritte, und nicht vielmehr gerade als Rechtsnachfolger, gemeint seien, gibt der § 330 nicht; das Gesetzbuch enthält sich vielmehr einer Stellungnahme zu dieser in alter und neuer Zeit viel verhandelten Streitfrage, die hier nur kurz berührt werden kann, s. dazu Ehrenberg, Iherings Jahrb. **41** 355 ff., Danz, Recht 05 90 ff.

Im Zweifel gehört die Lebensversicherungssumme zum Nachlaß; anders nur, wenn die Versicherung als Vertrag auf Leistung an dritte geschlossen ist. Aber wann ist dem so? Der bloße Umstand, daß die Leistung nach dem Tode des Versicherungsnehmers, also an andere Personen, ausgezahlt werden soll, ist dafür nicht entscheidend, Ehrenberg S. 367, da ja denkbar ist, daß die Empfänger den Anspruch gerade nur als Rechtsnachfolger des Versicherungsnehmers erwerben sollen. Es muß vielmehr zur Annahme eines Vertrages auf Leistung an dritte noch etwas hinzukommen: so erscheint es als derartiger Vertrag, wenn das Leben zu Gunsten der Hinterbliebenen versichert ist, dann erhalten sie die Versicherungssumme im Zweifel als solche, nicht als Erben des Versicherungsnehmers, und man wird unter ihnen verstehen „die nächsten Familiengehörigen, die Witwe und die ehelichen Nachkommen", OLGBay. bei Seuffert 56 Nr. 248 S. 447; diese in der Regel auch dann, wenn sie nicht Erben des Verstorbenen geworden sind. Ob eine **Versicherung zu Gunsten „der Erben"** ebenso zu verstehen sei, ist sehr zweifelhaft und schwerlich allgemein zu beantworten. Viele vermuten auch hier im Zweifel für einen Vertrag auf Leistung an dritte, so Goldmann-Lilienthal S. 389, Schollmeyer Nr. 1a, im Grunde auch Rehbein S. 220 (für das Gegenteil müssen „besondere Umstände" vorliegen) trotz Polemik gegen Schollmeyer. Dagegen läßt das RG. im Zweifel die Versicherungssumme bei derartigen Versicherungen in den Nachlaß fallen; die Erben erscheinen also nicht als Personen begünstigt, sondern sie erhalten die Versicherungssumme nur als Bestandteil des Nachlasses. So Entsch. Bd. 32 Nr. 42 S. 162, JS. III vom 26. 1. 1894 (mit weiteren Angaben). Aber dann hätte die Beifügung, daß man sein Leben zu gunsten der Erben versichere, gar keinen Sinn — denn mit dem Nachlaß würde die Versicherungssumme den Erben auch ohnedies zugute kommen. Will man sie nicht zur völligen Inhaltlosigkeit verdammen, was gegenüber einem Bestandteil des meist sorgfältig redigierten und wohlerwogenen Lebensversicherungsvertrages bedenklich erscheint, so wird man im Zweifel — nicht notwendig — zu

Gunsten eines Vertrages auf Lebensversicherung an dritte zu entscheiden haben. Anders Planck Nr. 1a, der nur nach den Umständen des Falles entscheidet.

d) Erlebt bei der sogen. alternativen (abgekürzten) Lebensversicherung der Versicherungsnehmer selbst den Termin, so erlangt er in der Regel den Anspruch, und das Recht des begünstigten dritten fällt damit ohne weiteres weg, Ehrenberg aaO. S. 387, 403. Anders nur bei Unwiderruflichkeit seines Rechtes: alsdann kann der Versicherungsnehmer mit Eintritt des Termins nur Leistung an den dritten fordern. Das alles ist, als eine Folgerung aus dem zu vermutenden Parteiwillen und den Interessen des Versicherungsnehmers, auch dem dafür Spielraum lassenden § 330 gegenüber anzunehmen.

§ 331.

Soll die Leistung an den dritten nach dem Tode desjenigen erfolgen, welchem sie versprochen wird, so erwirbt der dritte das Recht auf die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers.

Stirbt der Versprechensempfänger vor der Geburt des dritten, so kann das Versprechen, an den dritten zu leisten, nur dann noch aufgehoben oder geändert werden, wenn die Befugnis dazu vorbehalten worden ist.

E. II 283, RB. 325. — Prot. S. 757—60.

1. Der § 331 entspricht gleichfalls dem bisherigen Recht (s. Dernburg Pand. II § 18) und enthält nach dem eben Gesagten keinen Widerspruch zu § 330, der zwar den unmittelbaren, aber nicht den sofortigen Rechtserwerb des dritten unterstellt.

Dieser soll das Recht vielmehr im Zweifel erst mit dem Tode des Versprechensempfängers und unter Änderungsmöglichkeit des Vertrages bis dahin (arg. Abs. 2) erlangen.

Zweifelhaft ist die Konstruktion:

a) In Aufl. 1 hatte ich angenommen, daß dem dritten bis dahin wenigstens ein bedingtes Recht und damit eine Anwartschaft zukomme; ähnlich Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 189, Fuld ZVerſR. 4 467.

b) Dagegen aber nach dem Vorbild der Prot. S. 757 die meisten, s. besonders Ehrenberg, Iherings Jahrb. 41 383, Hellwig S. 217, Planck Nr. 1, auch RG. 51 Nr. 92 S. 404, für die Regel der Fälle auch Dernburg § 106, II, Matthiaß S. 399. In der Tat wohl mit Recht, denn der Wortlaut des § läßt für die gegenteilige Ansicht kaum Raum; die nach ihr kaum vermeidbare Folgerung, daß die dem dritten als „bedingt Berechtigten" zustehende Anwartschaft auch vererblich sein müsse, widerspricht dem erkennbaren Zweck, dem die andernfalls wesentlich nur doktrinäre Vorschrift des § 330 Abs. 1 an erster Stelle dienen soll. Auch erfordert die theoretische Betrachtung nicht die gegenteilige Annahme, kommt vielmehr ohne sie aus, s. besonders Hellwig S. 217, 351: es steht ein letztwilliger Erwerb in Frage, vermittelt durch eine eigentümliche Rechtsfigur, das sog. fideicommissum a debitore relictum. Der Versicherungsvertrag hat neben seinem sofort (inter vivos) wirksamen Hauptinhalt einen erst mit dem Tode des Versicherungsnehmers — insoweit ähnlich wie eine letztwillige Verfügung — zur Wirkung kommenden Nebenbestandteil, kraft dessen der dritte sein Recht demnächst erlangt.

Aus dem Willen der Partei kann natürlich auch unter Umständen für einen früheren Erwerb des Rechts gefolgert werden. So in der Regel bei Gutsüberlassungsverträgen, Dernburg aaO., Matthiaß das., auch Planck Nr. 1 a. E. Denn die Abfindung soll Ersatz des Erbteils bilden, muß also ebenso wie dieser vererblich sein.

2. **Mit dem Tode des Versprechensempfängers** ist die vertragsmäßige Voraussetzung für den Rechtserwerb des dritten erfüllt. Wie nun aber, wenn der in Aussicht genommene dritte dann noch nicht existiert? Dann kann er ein wahres Recht noch nicht haben; es wird aber durch den Abs. 2 positiv eine Willensgebundenheit des Versprechenden einer-, der Erben des Versprechensempfängers andererseits zu Gunsten des dritten erzeugt, die sich mit dessen Geburt zum Rechte verdichtet. Daß der dritte schon im Mutterleib vorhanden sei beim Tode des Versprechensempfängers, wird

mangels besonderer Bestimmung nicht erfordert werden können; selbst die für Vermächtnisse an eine noch nicht erzeugte Person festgesetzte Zeitgrenze (§§ 2162/3) fehlt hier. So auch RG. 17. X. 1904, Rspr. X, 72.

Tritt diese Gebundenheit auch dann ein, wenn der Rechtserwerb des dritten aus anderen Gründen, z. B. wegen Schwebens einer beigefügten Bedingung, beim Tode des Versprechensempfängers noch nicht endgültig geworden war? Dafür mit überzeugenden Gründen Hellwig S. 359.

3. Zweifelhaft ist, aus wessen Vermögen der dritte sein Recht erwirbt, wichtig für die Frage der Anfechtbarkeit seitens der Gläubiger des Versprechensempfängers. Das RG. 51 Nr. 92 S. 405 verneint diese, da das Recht nie zum Vermögen des Versprechensempfängers gehört habe, s. auch Ehrenberg in Jherings Jahrb. **41** 380 ff. Dagegen aber Hellwig S. 334, Jäger zu KO. § 32 Anm. 28. Formell betrachtet hat die verneinende Ansicht natürlich Recht, bedenkt man aber, daß das Recht auf die Versicherungssumme durch Gegenleistungen des Versicherungsnehmers erkauft wird, so hat materiell der dritte aus dem Vermögen des letzteren sein Recht erlangt, und insoweit steht einer etwaigen Anfechtbarkeit schwerlich ein Bedenken entgegen.

4. **Widerrufsmöglichkeit:** Daraus, daß der dritte nach § 331 noch kein Recht erlangt hat, folgt zwar die Möglichkeit einer vertragsmäßigen Änderung oder Aufhebung des Vertrages durch beide Parteien, aber nicht die einer einseitigen Aufkündigung desselben oder einer solchen Ersetzung der darin bezeichneten Person durch den Versprechensempfänger allein. Das läßt sich auch a contrario aus § 332 folgern, wo eine solche Befugnis nur aus besonderem Vorbehalt abgeleitet wird. Indes ist mit Ehrenberg (S. 370) unbedenklich anzunehmen, daß beim Lebensversicherungsvertrag eine solche Widerrufsmöglichkeit in Bezug auf das künftige Recht der begünstigten Person oder ihre Ersetzbarkeit durch eine andere dem im Zweifel zu unterstellenden mutmaßlichen Parteiwillen entspricht. Falls dem so ist, kann der Versicherungsnehmer natürlich auch das Recht des dritten ohne völlige Aufhebung beschränken und insoweit, freilich auch nur insoweit, ist es richtig, wenn man das Recht auf die Versicherungssumme der Verfügung des Versicherungsnehmers allgemein für unterworfen erklärt. Übrigens gilt diese Unterworfenheit nach § 331 nur dem bezeichneten dritten, nicht auch dem Versicherer gegenüber. Jenem gegenüber ist sie freilich, soweit die Auslegungsregel des § 331 Platz greift, eine unbedingte. So hat denn auch mit Recht aus dem in § 331 aufgestellten Grundsatz ein Rostocker Erk. vom 10. X. 1902 (MecklZ. **21** 195, Warneyer BGB. zu § 331 Nr. 3) gefolgert, daß die Ehefrau, auf deren Namen ihr Mann die Versicherungspolice hat schreiben lassen, deren Verpfändung durch ihn gegen sich gelten lassen müsse. Ähnlich auch (nebenbei) RG. ZS. VII vom 5. VII. 1904 bei Gruchot **49** 101, ebenso Ehrenberg S. 395.

Aber auch dem Versicherer gegenüber wird der Versicherungsnehmer in einem Fall selbst dann sein Widerrufs- bezw. Verfügungsrecht wenigstens im Zweifel wiedergewinnen, wenn es ihm bisher nicht mehr zustand: wenn der im Vertrag bezeichnete dritte vor ihm verstirbt. Möglich ist freilich auch, daß nach Wortlaut oder Sinn des Vertrages der Versprechende nunmehr frei werde, möglich nicht minder, daß die Versicherungssumme als für diesen Fall in den Nachlaß des Versicherungsnehmers fallend vereinbart erscheint (s. auch Planck Nr. 1).

§ 332.

Hat sich der Versprechensempfänger die Befugnis vorbehalten, ohne Zustimmung des Versprechenden an die Stelle des in dem Vertrage bezeichneten dritten einen Anderen zu setzen, so kann dies im Zweifel auch in einer Verfügung von Todes wegen geschehen.

E. II 284, RB. 326. — Prot. S. 759—61.

1. § 332 enthält im Grunde nur eine Folgerung aus dem in § 331 ausgesprochenen Grundsatze, die man zur Vermeidung von in der Rechtsprechung aufgetauchten Bedenken besonders auszusprechen für gut hielt. Prot S. 759.

2. **Form:** Die — ausdrücklich oder stillschweigend — vorbehaltene Ersetzung geschieht an sich durch empfangsbedürftige Erklärung an den Versicherer oder sonstigen Schuldner nach §§ 130 ff., bezw. durch Umänderung der Police daraufhin; es soll aber

auch ohnedies eine letztwillige Verfügung dazu genügen, sei sie Testament oder Erbvertrag, §§ 1937, 1941. Der dritte erlangt das Recht aber darum immer nicht von Todes wegen, sondern aus dem Vertrage, was wegen der Nachlaßschulden wichtig ist. So auch Ehrenberg aaO. S. 380 (er erhalte das Recht zwar aus einer, aber nicht durch eine Verfügung von Todes wegen). Ähnlich Hellwig S. 228ff., der auf den Unterschied gegenüber den Vermächtnissen hinweist (besonders tritt der Erwerb in unserem Fall direkt ein). Doch kann daneben dem dritten das Recht auch in Form eines gewöhnlichen Vermächtnisses zugewendet werden, Hellwig aaO.

Wird die Person des dritten im Vertrage noch unbestimmt gelassen, so kann sie weitergehend auf jede den Willen des Promissars zum Ausdruck bringende Weise bestimmt werden.

3. Die in § 332 unterstellte Befugnis zur Ersetzung des einen durch den andern dauert im Zweifel lebenslänglich, Crome S. 227. Das ergibt § 331 in Verbindung mit § 332.

§ 333.

Weist der dritte das aus dem Vertrag erworbene Recht dem Versprechenden gegenüber zurück, so gilt das Recht als nicht erworben.

E. I 415, E. II 285, RV. 327. — Mot. S. 271—2, Prot. S. 767—8.

1. **Zurückweisung:** Dem dritten wird das Recht ebensowenig aufgedrängt, wie dem zu Beschenkenden (§ 516); weist er es zurück, so hat das rückwirkende Kraft. Damit ist das Recht nicht als durch den Beitritt aufschiebend, sondern als durch die Zurückweisung auflösend bedingt erklärt, wie sich schon aus dem Worte: „das erworbene Recht ...." ergibt.

2. **Zeit der Zurückweisung:** Die Zurückweisung kann nicht vor dem vollzogenen Rechtserwerb wirksam erfolgen, also z. B. im Fall von § 331 nicht vor dem Tode des Versprechensempfängers. Anders freilich Schollmeyer Nr. 2, ihm folgend jetzt Planck Nr. 2, auch Rehbein Nr. 7, Szkolny-Caro Nr. 4. Wie hier Türcke-Niebenführ Nr. 3. Aber der Wortlaut spricht deutlich nur von der Zurückweisung des erworbenen Rechts, und gegen eine entsprechende Anwendung der Vorschrift läßt sich sagen, daß sich die Wirkungen des Verzichtes vor dem Erwerb viel weniger leicht übersehen lassen, ein solcher daher viel gefährlicher ist und vom Gesetz auch sonst vielfach da versagt wird, wo es den Verzicht auf das erworbene Recht gestattet, man denke an das pactum de dolo non praestando und den Berufungsverzicht.

Die Zurückweisung ist ferner unzulässig, nachdem der dritte das Recht einmal angenommen hat, ausdrücklich oder stillschweigend. Das ist mit Planck § 335 Nr. 3 auch ohne besondere Bestimmung aus der Natur der Sache zu folgern. Ebenso Hellwig S. 261, 263.

3. **Form:** Die Zurückweisung muß dem Versprechenden — also nicht dem Promissar — gegenüber erfolgen, und zwar mittels einseitiger empfangsbedürftiger Erklärung gemäß §§ 130ff. Eine Erklärung an den Promissar ist nur wirksam, wenn er dabei zugleich die Funktion eines Vertreters des Versprechenden hat.

4. **Annahme:** Der Zurückweisung des Rechts entspricht als Gegenstück dessen Annahme, s. darüber Hellwig S. 261ff. Sie bewirkt, daß fortan eine Zurückweisung und damit Beseitigung des Rechts durch einseitige Erklärung des dritten nicht mehr stattfinden kann.

5. Welche **Wirkung** die Zurückweisung des dritten auf das **Verhältnis der beiden Kontrahenten unter einander** ausübt, läßt sich nicht allgemein sagen; es hängt das wesentlich von der Natur des Einzelfalles ab, und es wurde dementsprechend ein auf besondere Regelung des Verhältnisses in der 2. Kommission gestellter Antrag abgelehnt, s. Prot. S. 768.

Zunächst wird durch die Ablehnung an sich das Recht des Versprechensempfängers nicht ausgeschlossen, vom Schuldner die Leistung an den dritten zu verlangen (s. § 335), und dieser wird die reale Leistung vielfach auch da annehmen, wo er das Forderungsrecht nicht haben wollte. Lehnt er sie aber endgültig ab, so wird dem Versprechenden die Erfüllung seiner Pflicht ohne Verschulden unmöglich, und es kommt daher § 275 bezw. 323 zur Anwendung. Anders Hellwig S. 267, Kipp zu

Windscheid S. 288 oben, die hier nur Annahmeverzug des Versprechensempfängers eintreten lassen. Ähnlich wie hier Schollmeyer Nr. 3.

Vielleicht war die Absicht der Kontrahenten aber auch, daß in solchem Falle der Promissar eine Leistung an sich selbst solle fordern oder einen anderen an die Stelle des Destinatärs solle setzen können, s. § 332; ein gutes Beispiel für das erstere bei Goldmann-Lilienthal S. 391 Anm. 18; so ferner in der Regel beim Versicherungsvertrag, Ehrenberg S. 392, sowie bei den bloß ermächtigenden Verträgen auf Lieferung an dritte, Hellwig S. 115. Endlich war die Leistung an den dritten unter Umständen nur Nebenzweck des Vertrages, der auf dessen Bestand keinen oder doch nur einen mindernden Erfolg ausübt. Besonderes gilt in dieser Richtung über die Schenkung unter einer Auflage, s. § 527.

Hatte der dritte umgekehrt das Recht erworben, so begründet seine Annahmeweigerung als solche noch keine Unmöglichkeit der Leistung, sondern nur Annahmeverzug. (Die Bedenken von Kisch, Unmöglichkeit S. 253 sind schwerlich begründet.) Nicht aber tritt auch Annahmeverzug des Versprechensempfängers ein, wie Hellwig und im Ergebnis auch Planck zu § 335 Nr. 3b annehmen.

6. **Macht der dritte die Leistung des Versprechenden geradezu unmöglich**, so wird, wenn er schon ein Recht darauf erworben hatte, § 324 anzuwenden sein, andernfalls § 323 unter Ersatzpflicht des dritten nach den Regeln der unerlaubten Handlungen. S. näher Kisch, Unmöglichkeit S. 258, Schollmeyer S. 230.

§ 334.

Einwendungen aus dem Vertrage stehen dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu.

E. I 416, E. II 286, RV. 328. — Mot. S. 272—3, Prot. S. 768—9.

Literatur: Rappaport, Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis, 1904, S. 134ff., M. Rümelin, ArchZivPrax. 97 S. 285ff., 289.

1. **Grundlage für das Recht des dritten**: Da das Recht des dritten im Vertrage wurzelt, darin seine Grundlage findet, kann es von dieser seiner causa nicht losgelöst werden und wird von ihren etwaigen Mängeln mitergriffen. Daher ist denn schon im bisherigen Recht anerkannt (s. Mot. S. 272) und wird nunmehr durch § 334 bestimmt, daß der Versprechende die Einwendungen aus dem Vertrage auch gegenüber dem dritten geltend machen kann, natürlich nur soweit dieser nicht vor ihrer Begründung bereits ein festes unentziehbares Recht erworben hat. Der Ausdruck ist im weitesten Sinne zu verstehen und bezieht sich sowohl auf Einwendungen gegen die Gültigkeit des Vertrages, als solche aus dessen Inhalt (Kipp-Windscheid I S. 346, Schollmeyer Nr. 2a), obwohl das Gesetz zunächst nur an letztere denkt; er umfaßt ferner sowohl rechtshindernde und rechtsvernichtende Tatsachen wie wahre Einreden (Verjährung, Einrede des nicht erfüllten Vertrages, § 320, Zurückbehaltungsrecht, § 273). Auch aus einem ihm zustehenden Rücktrittsrecht (s. unten b), und zwar sowohl einem vertragsmäßigen wie gesetzlichen (für dieses s. Planck Nr. 2 Abs. 2), aus den ädilizischen Ansprüchen sowie aus § 361 BGB. wird der Versprechende gegen den dritten opponieren können. Dasselbe gilt auch wohl von der Einrede des Notbedarfes bei der Schenkung, s. Stammler S. 179 und oben Vorbem. 2c.

Im einzelnen ist dazu zu bemerken:

a) Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages bewirken auch hier keine Klageabweisung, sondern Verurteilung zur Leistung Zug um Zug; mit der Besonderheit, daß die Gegenleistung gleichzeitig mit der Leistung des Versprechenden an den dritten vom Versprechensempfänger anzubieten ist. S. Hellwig S. 281, im Ergebnis ebenso jetzt Planck Nr. 2, der früher mit einer Abweisung des Klägers zur Zeit rechnen zu müssen glaubte.

b) Was das Rücktrittsrecht anlangt, so ist mit Hellwig, Planck Nr. 2 Abs. 2 und Kisch, Unmöglichkeit S. 263 anzunehmen, daß der Versprechende nicht dem dritten gegenüber zurücktreten, sondern sich ihm gegenüber nur auf die dem Versprechensempfänger gegenüber abgegebene Rücktrittserklärung berufen kann, als auf eine rechtsvernichtende Tatsache. Eine Erklärung gegenüber dem dritten, man trete jetzt zurück, ist unwirksam, anders Schollmeyer Nr. 2b.

c) Kann dem dritten gegenüber ein Anfechtungsrecht geltend gemacht werden? Schollmeyer Nr. 2a läßt Anfechtungserklärung gegenüber dem dritten zu, man wird aber wohl mit Hellwig S. 285ff., Anspruch S. 17, auch die Anfechtungs-, wie die Rücktrittserklärung, gegen den andern Kontrahenten gerichtet sein lassen, und dem dritten gegenüber kann sich der Versprechende dann nur auf die vollzogene Anfechtung berufen. Doch wird man ihm inzwischen wohl wenigstens mit Hellwig aaO. eine aufschiebende Einrede nach Analogie der dem Bürgen in § 770 gewährten zubilligen dürfen auf Grund des zwar bestehenden, aber noch nicht ausgeübten Anfechtungsrechts; sie ist in solchen Fällen kaum entbehrlich, wo dessen Ausübung (etwa wegen vertreterloser Abwesenheit, Geschäftsunfähigkeit des Gegners) nicht sofort möglich erscheint.

2. Aber immer muß es sich um **Einwendungen aus dem Vertrage** handeln; sonstige, gegen die Person des Versprechensempfängers gerichtete, kommen nicht in Betracht, z. B. die Einwendung der Aufrechnung. Das ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut unseres Satzes wie aus § 328: das unmittelbar entstandene Recht des dritten kann durch anderweite persönliche Verhältnisse des Versprechensempfängers nicht mehr beeinträchtigt werden. Zudem fehlt es insbesondere für die Aufrechnung am Moment der Gegenseitigkeit der Ansprüche.

3. Natürlich kann nach beiden Seiten hin ein **anderes vereinbart werden**, gemäß § 328.

4. **Wirkung:** Die Geltendmachung der Einwendungen hat gegen den dritten die entsprechende Wirkung, wie sie es gegen den Gläubiger im gewöhnlichen Vertrage haben würde, s. wegen der Einreden aus §§ 273, 320 oben Nr. 1a.

5. Ist dem dritten **bereits geleistet**, so steht nach Maßgabe des Vorgetragenen gegen ihn der Bereicherungsanspruch ebenso zu, wie gegen den sonstigen Empfänger einer ungerechtfertigten Bereicherung. Das ergibt § 334 in Verbindung mit § 813.

§ 335.

Der Versprechensempfänger kann, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist, die Leistung an den Dritten auch dann fordern, wenn diesem das Recht auf die Leistung zusteht.

E. I 412², E. II 287, RV. 329. — Mot. S. 269, 70, Prot. S. 756—7 D. S. 77.

1. Auch § 335 ist eine **Auslegungsregel**, die durch ausdrücklichen oder stillschweigenden entgegengesetzten Willen außer Anwendung gesetzt wird; die Denkschrift S. 77 führt als Beispiel abweichender Regelung den Lebensversicherungsvertrag an.

2. Davon abgesehen gibt § 335 dem Versprechensempfänger das Recht allgemein, mag der dritte seinerseits auch klagen können oder nicht, s. die Worte: „auch dann fordern, wenn . . . .“ Daß auch in ersterem Falle alsdann kein wahrer Vertrag auf Leistung an dritte vorliege (so Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 182) ist unerfindlich und widerspricht den Worten des Gesetzes. Zweifelhaft ist dabei das Verhältnis der nebeneinanderstehenden Ansprüche des Versprechensempfängers und des dritten. Hellwig S. 313 nimmt eine wahre Gesamtgläubigerschaft dieser beiden an und erklärt dadurch die befreiende Kraft der Zahlung an den dritten, leitet daraus auch die Folgerung ab, daß der Versprechensempfänger das Recht des dritten durch Erlaß noch beseitigen könne. S. §§ 320, 328. Gegen die Gesamtgläubigerschaft Schollmeyer vor § 420 Nr. 3 a. E., Planck Nr. 1, Stammler S. 170/1, Hellmann KrVJSchr. 41 236. Jedenfalls ist die Hellwigsche Folgerung bedenklich, ja verwerflich: der Erlaß wirkt doch überall nur als Surrogat der Erfüllung; wer diese begehren kann, soll den damit verbundenen Erfolg unter Abstandnahme von ihr durch seinen Willen herstellen können. Aber eine Erfüllung an den Versprechensempfänger ist hier nach dem Vertragsinhalt gar nicht möglich; er ist kein wirksamer Leistungsempfänger. Darum kann er auch nur sein eigenes Recht (auf die dem dritten zu machende Leistung), nicht das des dritten durch Erlaß zum Erlöschen bringen, Schollmeyer Nr. 4a.

Auch sonst ist Hellwigs Konstruktion nicht empfehlenswert: es dürfte dem Gesamtgläubigerbegriff wesentlich sein, daß jeder Leistung an sich selbst verlangen kann. Das trifft aber hier nicht zu; die Gesamtgläubigerschaft ist also bestenfalls eine solche von besonderer Art; es sind darauf alle die Regeln unanwendbar, die mit der

Möglichkeit, an jeden der Berechtigten befreiend zu leisten, zusammenhängen. Es dürfte sich somit eher empfehlen, von einer bloßen „aktiven Solidarität" im Sinne Iherings (Jahrb. 24 143ff.) zu reden, als einer besonderen Rechtsfigur.

3. **Muß der Versprechensempfänger dabei auch in seiner Person die Voraussetzungen eines Forderungsrechtes** (Interesse usw.) **erfüllen?** Das ward schon bisher verneint von Gareis S. 247, und man wird es angesichts des allgemein redenden Wortlautes des § 335 von nun an erst recht verneinen müssen. Es genügt als Grundlage ein entsprechendes Interesse des dritten; dasjenige des Versprechensempfängers ist nur in seinem Verhältnis zum dritten von Nöten (s. Vorbem. vor § 328 Nr. 2a).

4. **Veränderung in den beiderseitigen Rechten?**

a) Die Ansprüche aus dem Vertrage können sich nachträglich in der **Person des dritten** konzentrieren aus verschiedenen Gründen:

α) Durch Abtretung des Anspruches des Versprechensempfängers an ihn.

β) Durch Erlaß des Anspruches gegenüber dem Versprechenden, der aber nach § 397 einen Vertrag erfordert, nicht als einseitiger Verzicht wirksam ist.

γ) Indem der dritte sich vom Schuldner ein ausschließliches Schuldversprechen erteilen läßt, Hellwig S. 327.

δ) Durch **confusio** zwischen Versprechensempfänger und Versprechendem, da eine Anwendung des § 429 Abs. 2 hier nicht am Platze ist, s. oben Nr. 2.

b) Sie können sich umgekehrt auf den **Versprechensempfänger** beschränken, wenn die Leistung an den dritten unmöglich wird. Dies aber nicht allgemein, sondern nur nach Maßgabe des oben zu § 333 Nr. 5 Gesagten, s. auch Enneccerus S. 455. Auch ein Erlaß seitens des dritten unter Vorbehalt der Rechte des Versprechensempfängers wird als denkbar erachtet werden können.

5. **Unmöglichkeit der Leistung:** Wie, wenn die Leistung dem Versprechenden aus einem von ihm zu vertretenden Umstande unmöglich gemacht wird bezw. mangelhaft ist? Dann haftet er dem dritten auf Ersatz; ob auch dem Versprechensempfänger, ist zweifelhaft und wird durch § 335 nicht direkt beantwortet, da dieser nur an die ursprüngliche Leistung denkt. Planck Nr. 4bγ will daher denn auch den Versprechensempfänger nur klagen lassen auf den etwaigen eigenen Schaden, insoweit aber unabhängig vom dritten. Dem wird man sich in der Tat anschließen können.

Zweifelhaft ist die Frage, ob und mit welcher Wirkung der Versprechensempfänger (wegen des Rücktrittsrechts des Gegners s. Bem. Nr. 1b zu § 334) im Falle des § 325 statt des Schadensersatzes den Rücktritt wählen könne? Dafür Schollmeyer Nr. 1b, dagegen Hellwig S. 304ff.; vermittelnd früher Planck (der sich aber in Aufl. 3 Nr. 4bγ der verneinenden Ansicht anschließt), sowie noch jetzt Staudinger (Mayring, Aufl. 2 Kuhlenbeck zu § 334 unter 3c). Die Mittelmeinung ist sicherlich unhaltbar; sie könnte dazu führen, daß zwar der Versprechensempfänger von der Gegenleistung frei wird infolge seines Rücktritts, der dritte aber, weil dadurch nicht berührt, trotzdem Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen darf. Will man zur Vermeidung dieser Folgerung den Versprechensempfänger verpflichtet bleiben lassen, so heißt das, ihm das Rücktrittsrecht überhaupt nehmen. Und das ist in der Tat die allein annehmbare Lösung, da es unmöglich angeht, infolge der eingetretenen Leistungsunmöglichkeit das Recht des dritten wieder zur Disposition des Versprechensempfängers zu stellen, der es bisher enthoben war (s. Bem. 2). Dafür läßt sich auch wohl § 356, mindestens entsprechend, verwerten. Ähnlich im Ergebnis, nur komplizierter, ist die Auffassung von Kisch, Unmöglichkeit S. 261.

Ist das Recht des dritten noch nicht entstanden, wieder erloschen oder besonders dem Widerruf des Versprechensempfängers ausgesetzt, so steht dessen Rücktritt mit Vollwirkung natürlich nichts im Wege.

Das über den Rücktritt Gesagte wird auch von der Wandlung zu gelten haben, wenn die dem dritten überlieferte Kaufsache mangelhaft war. Mindern dagegen kann der Versprechensempfänger als Käufer für sich ohne Rücksicht auf den dritten, dessen Recht dadurch nicht berührt wird. Dem dritten selbst steht in diesem Falle für sich weder Wandlung noch Minderung zu, wohl aber unter den allgemeinen Voraussetzungen ein Schadensersatzanspruch nach den beim gewöhnlichen Kauf geltenden Grundsätzen, ebenso das Recht des § 480.

Vierter Titel.

Draufgabe. Vertragsstrafe.

Vorbemerkung zu § 336/8.

Literatur: Dissertationen von Schröbter, Erlangen 1899, Vallentin, Berlin 1900, Kunze, Erlangen 1904.

Die Draufgabe, arrha (über andere Bezeichnungen dafür s. Mot. S. 273) wird vom BGB. nur soweit geregelt, als sie eine sog. arrha pacto perfecto data darstellt. Die als Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages als Vertragsform dienende Draufgabe, im altdeutschen Rechte häufig und auch später noch beim Gesindevertrage in Übung, ist dem Gesetzbuche fremd, kann aber nach dem Vorbehalt von EG. Art. 95 im Bereiche des Gesinderechts noch vorkommen (Preußische Gesindeordnung vom 8. XI. 1810, § 23). Ebenso kann der Draufgabe auch durch Parteiabrede eine andere Bedeutung zugebilligt werden.

§ 336.

Wird bei der Eingehung eines Vertrags etwas als Draufgabe gegeben, so gilt dies als Zeichen des Abschlusses des Vertrags.

Die Draufgabe gilt im Zweifel nicht als Reugeld.

E. I 417, E. II 288, RV. 330. — Mot. S. 417—8, Prot. S. 769—71.

1. Die Draufgabe hat also, wie im GR. und im Landrecht (I, 5, § 205) im Zweifel nur eine **Beweis- (deklaratorische) Bedeutung**, sie soll bekunden, daß die Vertragsverhandlungen nunmehr zu einem endgültigen Ergebnis geführt haben. Natürlich bleibt trotz ihrer Hingabe der Gegenbeweis, daß die Einigung noch nicht über alle im Parteisinne wesentlichen Punkte vollzogen oder sonst der Vertrag nicht vollgültig sei, offen.

2. **Reugeld?**: Übereinstimmend mit dem GR., Landrecht (aaO. § 210) und HGB. Art. 285 gibt die Draufgabe auch nach dem BGB. dem Empfänger im Zweifel nicht das Recht, gegen ihre Preisgabe vom Vertrag zurückzutreten: sie ist als solche kein Reugeld. Nach dem Code Art. 1590, 1715 war das Tatfrage.

3. **Verhältnis zur Anzahlung**: Die Draufgabe hat entweder denselben oder einen anderen Charakter wie die Hauptleistung. Ersterenfalls ist sie abzugrenzen von der Anzahlung, l. 2 C. IV, 45. Die Abgrenzung ist besonders deshalb wichtig, weil die Anzahlung ohne weiteres die Schuld mindert, die Draufgabe darauf besonders anzurechnen ist, § 337, und auch eine solche Anrechnung keineswegs immer (so z. B. meist nicht beim „Mietstaler" des Gesindes) stattfindet. Der Unterschied wird darin zu finden sein, daß bei jener vorzugsweise die Beweisbedeutung in Frage kommt, während da, wo es sich hauptsächlich um die ökonomische Idee des Vorschusses, der teilweisen Sicherung des Gläubigers handelt, letztere anzunehmen ist: so vor allem, wenn das Gegebene in ein festes Verhältnis zur Hauptleistung gesetzt ist, nicht ein für allemal einen gleichen Betrag zu bilden pflegt ohne Rücksicht auf denjenigen der Hauptleistung („Mietstaler").

Ferner ist für eine Anzahlung zu vermuten bei einem formellen Abschluß des Vertrages, da hier zum Beweise die Urkunde schon in vollkommener und eine Draufgabe überholender Weise ausreicht, Goldmann-Lilienthal S. 393.

4. Die Draufgabe geht im Zweifel in das **Eigentum des Empfängers** über, das entspricht dem bisherigen Recht (Dernburg, Pand. II § 12; Landrecht I, 5, 216) und ist auch für das neue anzunehmen, arg. § 337. Durch Verfügung über sie begeht der Empfänger also keine Unterschlagung.

5. Die Draufgabe muß **körperlich übergeben** werden; eine Übergabe mittels constitutum possessorium ist, als ihrem Zweck widersprechend, nicht als genügend anzusehen. Wie hier Kuhlenbeck, Handkommentar Nr. 1, anders jetzt zu Staudinger Nr. 3; anders auch Dernburg § 99 bei Anm. 8, Planck Nr. 4. Aber da die Draufgabe ein Zeichen des Vertragsschlusses sein soll, kommt es bei ihr weniger auf einen rechtlich bedeutsamen, als auf den tatsächlichen, sinnenfällig wahrnehmbaren Vorgang an, und in diesem Sinne ist in dem hier streitigen Fall nichts „gegeben".

§ 337.

Die Draufgabe ist im Zweifel auf die von dem Geber geschuldete Leistung anzurechnen oder, wenn dies nicht geschehen kann, bei der Erfüllung des Vertrags zurückzugeben.

Wird der Vertrag wieder aufgehoben, so ist die Draufgabe zurückzugeben.

E. I 418, E. II 289, RV. 331. — Mot. S. 274, Prot. S. 771—4.

1. Auch der Inhalt des § 337 entspricht dem bisherigen Recht, Windscheid § 325; SächsGB. § 894; dem Landrecht, § 208 aaO., freilich nur, wenn die Draufgabe von derselben Natur ist wie die Hauptleistung, s. d. Judikatur bei Rehbein-Reincke dazu.

2. Mit **Erfüllung des Vertrages** ist der Zweck der Draufgabe beendet; sie muß also nunmehr aus dem Gesichtspunkt der causa finita zurückgegeben werden, bei vertretbaren Sachen durch Rückgabe eines entsprechenden Quantums, sonst durch die des gegebenen Stückes selbst. Darauf kann der Geber klagen, aber auch nach § 273 solange seine Hauptleistung zurückbehalten. Bei Gleichartigkeit des Inhalts kann er noch einfacher den Betrag von dieser abziehen. Doch handelt es sich bei der Vorschrift des Abs. 1 nur um eine Auslegungsregel („im Zweifel").

3. Auch mit **Aufhebung des Vertrages** liegt Zweckerledigung vor: hier kann der Geber die Draufgabe daher schlechthin zurückfordern; der Anspruch wird sich im einzelnen nach den Regeln der Bereicherungsansprüche bestimmen (anders Planck Nr. 3, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 2 Abs. 2, die event. die §§ 275 ff. angewendet wissen wollen. Aber diese werden keineswegs immer zum Ziele führen, so nicht, wenn die Draufgabe bereits bestimmungsgemäß konsumiert ist), bei Rücktritt nach den Sätzen des § 347. Und zwar tritt das nicht nur, wie nach Abs. 1, im Zweifel, sondern allgemein — allerdings wohl auch nur im Sinne einer Dispositivregel — ein, nur unter Berücksichtigung von § 338.

4. **Ungültigkeit des Vertrages**: Wie, wenn der Vertrag nie gültig zustande gekommen war? Alsdann ist die Draufgabe von Anfang an sine causa bezw. indebito geleistet und kann nach §§ 812 ff. zurückgefordert werden, möglicherweise auch mit einem Eigentumsanspruch, wenn der Übereignungsakt als solcher nicht gültig war.

Im Falle des § 817 S. 2 ist natürlich die Rückforderung ausgeschlossen.

5. Beim **Mietgeld** des Gesindes können sich aus dem maßgebenden Landesrecht (s. EG. Art. 95) andere Sätze ergeben.

§ 338.

Wird die von dem Geber geschuldete Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich oder verschuldet der Geber die Wiederaufhebung des Vertrags, so ist der Empfänger berechtigt, die Draufgabe zu behalten. Verlangt der Empfänger Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist die Draufgabe im Zweifel anzurechnen oder, wenn dies nicht geschehen kann, bei der Leistung des Schadensersatzes zurückzugeben.

E. I 419, E. II 290, RV. 332. — Mot. S. 274—5, Prot. S. 774—5.

1. § 338 enthält eine, mit dem bisherigen Recht übereinstimmende (s. z. B. SächsGB. § 895), Ausnahme von dem Grundsatze des § 337.

2. **Welche Umstände der Geber zu vertreten hat**, ergibt sich aus § 276 ff. Er „verschuldet" die Wiederaufhebung des Vertrages z. B., wenn er dem Gegner infolge seines Verzuges ein Rücktrittsrecht verleiht, etwa nach §§ 286, 326, 360, 361; nach §§ 459, 462 gehört auch der Fall dahin, daß er dem Gegner Anlaß zur Wandlungsklage gewährt (anders Planck Nr. 1 Abs. 2). Aber wie, wenn er auf Grund eines

vorbehaltenen Rücktrittsrechtes den Vertrag zwar nicht schuldhaft, aber willkürlich beseitigt? Hier wird er das Draufgeld wohl mangels besonderer Abrede zurückfordern dürfen, da er ja nur von seinem guten Recht Gebrauch gemacht hat.

3. Die etwaigen **weiteren Ersatzansprüche** des Empfängers werden durch das Behaltendürfen der Draufgabe nicht berührt; jedoch muß er sich ihren Betrag darauf nach S. 2 anrechnen lassen oder bei Ungleichheit der Leistungen sie zurückgeben. Bis dahin kann der Schuldner den zu leistenden Ersatzbetrag nach § 273 zurückbehalten. — Dadurch wird die Draufgabe in ihrer Funktion der Vertragsstrafe ähnlich, bleibt aber darum doch wesentlich von ihr verschieden, und es können nicht etwa die §§ 339ff. darauf Anwendung finden.

War der nachweisliche Schaden geringer als der Betrag der Draufgabe, so kann der Empfänger trotzdem diese ganz behalten. Weder das Vorhandensein (s. S. 1), noch selbst die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches (S. 2) legt dem Empfänger eine positive Erstattungspflicht auf, sondern die nach S. 2 vorzunehmende Anrechnung führt höchstens zur Herabsetzung des Ersatzanspruches auf Null. Anders bei der Anzahlung (s. Goldmann-Lilienthal S. 392); hier verfällt im Falle des § 338 nichts, und der Empfänger kann nur der Rückerstattungspflicht in Höhe seines Ersatzanspruchs durch Aufrechnung entgehen.

Anders auch bei andersartigen, nicht in Geld bestehenden Draufgaben, s. ihretwegen den Text am Schluß.

4. **Schuld des Empfängers:** Wie, wenn nicht den Geber, sondern den Empfänger die Schuld an den in S. 1 angegebenen Folgen trifft? Dann muß er natürlich entsprechend § 337 erst recht die Draufgabe zurückgeben, aber er hat nicht, wie nach einzelnen Rechten, den doppelten Betrag zu erstatten. Wegen der Beweislast s. Beckh, Beweislast S. 233.

5. Das Ermäßigungsrecht aus § 343 ist als Sonderrecht der Vertragsstrafe auf die Draufgabe nicht entsprechend anwendbar, so mit Recht Planck Nr. 2 gegen Schollmeyer Nr. 3.

Vorbemerkung zu §§ 339—45.

Literatur: v. Seeler, Zur Lehre von der Konventionalstrafe, 1891; Pergament, Konventionalstrafe und Interesse, 1896; Sjögrén, Über die römische Konventionalstrafe, 1896. Neues Recht: Fuld, SächsArch. 9 337ff.

1. **Begriff:** Die Konventional- oder Vertragsstrafe ist eine Leistung, die der Schuldner dem Gläubiger für den Fall der Nicht- oder nicht gehörigen Erfüllung einer Verbindlichkeit verspricht. Das ist wenigstens der technische Begriff, wie ihn das Gesetz in den §§ 339ff. voraussetzt. Aber daneben wurde im bisherigen Recht auch ein weiterer Begriff der Konventionalstrafe anerkannt: wenn jemand einfach eine Leistung für den Fall verspricht, daß er eine bestimmte, nicht in obligatione befindliche Handlung vornehme oder unterlasse, z. B. nicht mehr Klavier spiele, nicht mehr rauche. Auch das BGB. erkennt das durch die Verweisung in § 343 Abs. 2 ausdrücklich an. Im Zweifel ist aber immer die technische Vertragsstrafe als gewollt zu unterstellen, und kann also der Verfall nicht eintreten, wenn die zu sichernde Hauptverbindlichkeit nicht entstanden ist oder nicht mehr besteht, s. Seuffert 52 Nr. 230 S. 407.

2. Der **Zweck** der Vertragsstrafe ist ein verschiedener:

a) sie soll einen **stärkeren Zwang** schaffen zur Erfüllung.

b) sie soll den Gläubiger der Notwendigkeit eines besonderen **Nachweises** seines Schadens bezw. dessen Höhe **überheben.**

c) möglicherweise, in den oben Nr. 1 besprochenen „weiteren" Fällen, **verleiht sie überhaupt dem Verhältnis erst rechtlichen Schutz** und schafft ein Pressionsmittel zur Erfüllung von Versprechungen, die der direkten Erzwingbarkeit entweder nach dem Parteiwillen oder wegen ihres Inhaltes nicht fähig sind. Dadurch können auch nach der ausdrücklichen Bestimmung von § 343 nichtökonomische Zwecke gesichert werden, trotz des Erfordernisses eines Vermögensinteresses der Obligationen (s. § 241 Nr. 1). Nur dürfen dabei die Bestimmungen des § 344 nicht außer Acht gelassen werden, und ebensowenig darf dadurch eine ungebührliche Beeinträchtigung der persönlichen oder sittlichen Freiheit eintreten, § 138 BGB. Enger fassen viele den Bereich der in § 343 Abs. 2 anerkannten Vertragsstrafe im weiteren Sinn: sie soll nur die Fälle umspannen, wo nach der Parteiabsicht keine Hauptpflicht entsteht, während da,

wo die Rechtsordnung die Möglichkeit einer solchen nicht anerkennt, gemäß § 344 auch die Vertragsstrafe ungültig sei. Soweit daher Forderungen auf Leistungen ohne Vermögenswert unstatthaft seien, würde daraus die Nichtigkeit eines Strafversprechens auf den Fall ihrer Nichterfüllung folgen. So Siber, Rechtszwang S. 31 ff., ähnlich auch wohl Endemann S. 631–2. Anders mit Recht Dernburg II § 101, II: auch bloß soziale Verpflichtungen können durch Vertragsstrafe erzwingbar gemacht werden. Die Gegner gehen davon aus, daß die Gebiete des Rechtszwanges und des vom Gesetz für unwirksam erklärten Versprechens aneinanderstoßen; ihr Gegensatz ein kontradiktorischer sei. Dem aber kann nicht beigestimmt werden. Insbesondere Leistungen ohne Vermögenswert verbietet das Gesetz auch nach dem zu § 241 eingenommenen Standpunkt keineswegs; sie sind nur rechtlich indifferent. Auf sie und das ganze große Gebiet des — nach Natur oder Parteiwillen — rechtlich Indifferenten kann § 344 weder nach Sinn noch nach Wortlaut angewendet werden. Unter ihn fällt nur das, was den Zwecken der Rechtsordnung zuwider ist, nicht aber auch das, was mit ihnen nur nichts zu tun hat, ein „ἀδιάφορον" für sie ist. Nach der Gegenmeinung wäre z. B. § 1297 überflüssig, weil auch ohnedies selbstverständlich; nach unserer ist er eine positive Ausnahme von der sonstigen Anerkennung einer Vertragsstrafe im weiteren Sinn.

Ist freilich die nach Inhalt und Parteiabsicht als rechtlich bindende angelegte Hauptpflicht aus einem besonderen Grunde ungültig, so wird auch die Vertragsstrafe von der Ungültigkeit grundsätzlich mitbetroffen. Dasselbe gilt, wenn jener eine peremtorische Einrede entgegensteht, während bloß dilatorische Einreden schwerlich das Strafversprechen ungültig machen (Planck zu § 339 Nr. 3, Kisch, Grünhuts Zeitschr. **29** 535 gegen Schollmeyer Nr. 3 Abs. 2). Allerdings kann hier die Vertragsstrafe in der Regel während Bestehens der Einrede nicht verfallen, da diese der Verzug ausschließt (s. Bem. 1 zu § 284), aber der Gültigkeit des Versprechens tut das keinen Eintrag. Wegen der Verjährungseinrede s. Bem. 3 a. E. zu § 339.

3. Als **Mittel** zur Erzielung dieser Zwecke gibt die Vertragsstrafe dem Gläubiger einen neuen, bedingten Anspruch, entweder kumulativ neben dem alten oder alternativ nach Wahl an Stelle desselben. Darin liegt der wesentliche Unterschied von der Verwirkungsklausel (lex commissoria), die nicht dem Gläubiger ein neues Recht gibt, sondern dem Schuldner ein vorhandenes nimmt, s. Mot. S. 275 mit der dort aufgeführten früheren Rechtsprechung; Lotmar, Arbeitsvertrag S. 456; Dernburg § 100, II, 3: die Vertragsstrafe erfordert einen von der Hauptpflicht unabhängigen neuen Anspruch. Oder, wie Lotmar sagt: bei der Verwirkungsklausel wird der Gegner von einer Schuld entlastet, bei der Vertragsstrafe der Versprechende mit einer neuen Pflicht belastet. Der Unterschied ist wichtig wegen des Ermäßigungsrechtes gegenüber einer unverhältnismäßigen Vertragsstrafe nach § 343. Dieser ist auf die Verwirkungsklausel unanwendbar; sie kann möglicherweise als wucherisch nichtig sein (§ 138), aber nicht, wenn gültig, vom Richter eingeschränkt werden. Zweifelhaft ist der Fall, daß der Zins bei nichtrechtzeitiger Zahlung eine Erhöhung erhalten soll. Das ist ein Zuschlag zu den Pflichten des Schuldners, also m. E. eher als Vertragsstrafe zu betrachten und der Herabsetzung nach § 343 fähig (anders Dernburg).

4. Von der Draufgabe unterscheidet sich die Vertragsstrafe nicht nur durch ihren durchschnittlich unverhältnismäßig höheren Betrag, sondern auch durch ihre umfassenderen Zwecke und dadurch, daß sie nur versprochen, nicht real gegeben wird. Freilich wird nichts im Wege stehen, den Strafbetrag auch schon vor Verfall bar zu übergeben: das ist dann aber rechtlich als eine antezipierende Zahlung auf eine aufschiebend bedingte Schuld anzusehen.

§ 339.

Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.

E. I 422, E. II 291, RV. 333. — Mot. S. 278, Prot. S. 779–80

1. Die Vertragsstrafe wird versprochen durch **Vertrag.** Aber es ist unnötig, daß auch die dadurch zu sichernde Verbindlichkeit eine vertragsmäßige sei: auch zu gesetzlichen, Deliktsansprüchen usw. kann sie hinzutreten. Ebensowenig ist notwendig, daß sie sich dem Schuldverhältnis gleich anfangs anschließt; es kann auch spätere Zufügung stattfinden.

2. Die **Verwirkung** der Strafe tritt im allgemeinen erst ein bei Verzug des Schuldners, s. §§ 284 ff; also meistens nicht ohne sein Verschulden, s. dazu den interessanten Fall bei Seuffert 56 Nr 245 S. 442.

Nur bei Unterlassungen soll es nach S. 2 auf diese subjektiven Momente nicht ankommen. Jedoch ist die Vorschrift nach beiden Richtungen dispositiv, s. Mot. S. 278. Zu ihr ist zu bemerken:

a) Keinenfalls verfällt die Strafe, wenn der Gläubiger selbst die Unterlassung unmöglich gemacht oder gehindert hat, Enneccerus S. 458 Anm. 7.

b) Sicherlich muß auch hier eine bewußte Vornahme des unter Strafe gestellten Verhaltens erfordert werden. Andernfalls wäre doch von einer Zuwiderhandlung nicht füglich zu reden. Verpflichtet sich z. B. X zur Unterlassung eines konkurrierenden Geschäftsbetriebes in der Stadt Y unter Vertragsstrafe, so ist diese nicht verfallen, wenn X in einem abseits liegenden, besonders benannten Vorort den Betrieb eröffnet, ohne dessen politische Zugehörigkeit zur Stadt Y zu kennen. Ebensowenig verfällt die Vertragsstrafe, wenn der Versprechende das unter Vertragsstrafe gestellte Tun unter Zwang, Bewußtlosigkeit, hypnotischer Suggestion, Geisteskrankheit vornimmt. So auch Szkolny-Caro Nr. 3b, strenger Cosack § 92, II 1b. Titze, Unmöglichkeit S. 103, andererseits erfordert auch hier ein Verschulden, weil der zu einem Unterlassen Verpflichtete nicht wohl schärfer haften könne, wie der zum Tun Verpflichtete. Aber diese allgemeine Erwägung scheitert gegenüber dem deutlich unterscheidenden Wortlaut, dagegen auch Planck Nr. 2, RG. 55 Nr. 20 S. 79.

c) Daß die Strafe auch dann nicht verfalle, wenn das Zuwiderhandeln „durch höhere Pflichten geboten war" (Dernburg § 103, I, 2, Enneccerus S. 458 Anm. 2), ist eine unbewiesene, bedenkliche Behauptung, dagegen auch Planck Nr. 2.

3. **Ist die Hauptverbindlichkeit weggefallen,** z. B. wegen Unmöglichkeit der Leistung, so kann natürlich auch von einer Vertragsstrafe im Sinne des § 339 nicht mehr die Rede sein: so besonders der nachher nur als selbstverständlich gestrichene § 423 E. I. Dasselbe gilt, wenn ihr eine peremtorische Einrede entgegensteht, s. Vorbem. 2 a. E.

Zweifelhaft ist nur die Wirkung der Verjährung. Daß für eine bereits verjährte Schuld wirksam eine Vertragsstrafe bestellt werden könne, ist mit Langheineken, Anspruch S. 349 (gegen Endemann S. 764) aus der Möglichkeit einer Anerkennung (§ 222) zu folgern. Verjährt aber der Anspruch nach der Bestellung, so kann Schuldner nicht mehr in Verzug kommen, die Strafe also nicht verfallen, ohne freilich darum ganz unwirksam zu werden (vgl. § 223 Abs. 1).

4. Ist erforderlich zum Verfall, daß die **Nichterfüllung eine totale** sei, oder genügen bloße quantitative oder qualitative Mängel der Erfüllung? Das ist Tatfrage; im Zweifel wird die Strafe auch letzterenfalls verfallen und zwar in ihrer vollen Höhe, s. auch l. 85 § 6 D. 45, 1; ROHG. Bd. 22 Nr. 39. Das ergibt sich schon aus der Erwägung, daß der Gläubiger die unvollständige oder mangelhafte Erfüllung gar nicht anzunehmen braucht (§§ 266, 363). Hat er sie freilich angenommen, so liegt nur eine „nicht gehörige Erfüllung" im Sinne von § 341 vor, und die auf Nichterfüllung gesetzte Strafe ist hier nicht verfallen; es sei denn, daß der Gläubiger das Empfangene zurückgewährt. Anders, wenn die Strafe auch oder allein auf nicht gehörige Erfüllung gesetzt war: sie verfällt auch wegen eines noch so geringen Fehlers oder Restbestandes, und es bleibt nur die Möglichkeit einer Ermäßigung nach § 343. Ähnlich wie hier Goldmann-Lilienthal S. 395—6, anders Schollmeyer zu § 341 Nr. 1, nach dem der Gläubiger auch bei befugter Ablehnung des angebotenen Quantums die auf Nichterfüllung gesetzte Vertragsstrafe nicht, sondern nur Schadensersatz verlangen kann. Umgekehrt läßt Dernburg § 103, II die Strafe auch dann ganz verfallen, wenn unvollständig geleistet ist (also doch auch trotz Annahme), ebenso Staub zu HGB. § 348 Anm. 14, s. aber auch Nr. 2 zu § 340.

5. Häufig wird die Strafe für vorzeitiges Verlassen eines dauernden Schuld-, besonders Dienstverhältnisses, versprochen. Dann ist nach § 339 ein Verfall der Strafe nur dann anzunehmen, wenn das Verhältnis durch Schuld des Versprechenden sein vorzeitiges Ende erreicht. Zweifelhaft erscheint aber die Frage, ob sie auch verfalle,

wenn jener durch sein ungehöriges Benehmen dem Gegner einen Kündigungsgrund an die Hand gibt. Unterschiedslos läßt sich das schwerlich bejahen, s. OLG. Dresden in Rspr. VI S. 232. Aber vielfach dürfte der Vertrag in diesem weitergehenden Sinne auszulegen sein — könnte der Versprechende sich doch andernfalls leicht um die Strafe herumdrücken, indem er den Gegner aufs äußerste reizt und dessen Kündigung geradezu provoziert!

6. Ist auf das Verfallen der Vertragsstrafe § 254 anwendbar? Wo er Verzug voraussetzt, insoweit, als das mitwirkende Verschulden des Gläubigers den Verzug ausschließt, aber weiter nicht. § 340 Abs. 2 spricht nur hypothetisch von dem Fall, daß der Gläubiger auch einen sonstigen Ersatzanspruch hat, setzt aber nicht dessen Vorhandensein als notwendig für den Verfall der Vertragsstrafe voraus. Wo aber die Vertragsstrafe auf ein Unterlassen geht, läßt sich § 254 wohl überhaupt anwenden; denn es wäre höchst unbillig und sinnwidrig, wenn der Gläubiger die Unterlassung des Schuldners, zu der sein eigenes Verhalten vorwiegend mitgewirkt hat, rügen wollte. Was alsdann von der Ersatzpflicht gilt, muß entsprechend für den Verfall der Vertragsstrafe gelten. S. zu der hier erwähnten Frage ähnlich auch Cohn bei Gruchot 43 382/3.

7. Bei **Mehrheit der Schuldner** verfällt die Strafe gemäß § 425 nur gegenüber demjenigen, in dessen Person die Voraussetzungen des Verzuges eingetreten sind; dagegen haftet nach § 767 auch der Bürge für die bei dem Hauptschuldner verfallene.

Bei Mehrheit der Gläubiger verfällt sie nicht zu Gunsten der andern, wenn der Schuldner nur einem gegenüber im Verzuge ist, § 429 Abs. 3.

§ 340.

Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, daß er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen. Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, daß er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen.

Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

E. I 420, E. II 292, RV. 334. — Mot. S. 275—6, Prot. S. 775—6.

1. Entsprechend dem RG. (s. Pergament aaO.) kann der Gläubiger die VSt. im allgemeinen **nicht kumulativ** neben der Erfüllung, sondern **nur anstatt** ihrer verlangen. Das entspricht ihrem Charakter als Feststellung des Erfüllungsinteresses. Im Fall des § 341 ist es nur scheinbar anders: denn da hier die Vertragsstrafe nur der Feststellung des Interesses an der gehörigen Erfüllung dient, kann ihre Leistung auch nur das accessorische Interesse an dieser, nicht das prinzipale Erfüllungsinteresse ausgleichen.

2. Die Ansprüche auf Erfüllung und auf die Strafe stellen **keine Wahlschuld** mit Wahlrecht des Gläubigers dar (so Entw. I § 420); es sind vielmehr **zwei verschiedene Schuldverhältnisse**, von denen zwar die Auswahl des zweiten das erste ausschließt, aber nicht umgekehrt: der Anspruch auf die Strafe ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gläubiger zunächst Erfüllung verlangt; wohl aber natürlich dadurch, daß er sie auch wirklich bekommt, während eine teilweise Annahme das Recht auf die Strafe nur kraft eines darin etwa zu findenden Verzichtes beseitigt.

Anders fassen Schollmeyer Nr. 1b und Langheineken S. 204 das Verhältnis: es liege eine *facultas alternativa* mit Wahlrecht des Gläubigers vor (dagegen Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 265: Mehrheit von Ansprüchen, von denen der eine ein Mehr an Tatsachen zu seiner Begründung erfordert); dieser könne nur seinem ersten Anspruch einen anderen substituieren, aber nicht habe er beide Ansprüche nebeneinander. Das widerspricht dem Wortlaut des § 339, wonach der Strafanspruch bereits mit dem Verzug oder der Zuwiderhandlung eingetreten ist.

Allerdings darf der Gläubiger nicht neben der Teilleistung die Strafe verlangen (s. Bem. 4 zu § 339). Aber die Annahme der Teilleistung kann das Wahlrecht des Gläubigers nicht beeinträchtigen; er muß noch immer — sowohl der Wortlaut des Gesetzes wie der Sinn sprechen dafür — unter Zurückgabe des Empfangenen sich für die Strafe entscheiden können, allerdings schwerlich schlechthin, sondern nur insoweit, als er gemäß §§ 280 Abs. 2, 283, Abs. 2, die empfangene Teilerfüllung wegen mangelnden Interesses als totale Nichterfüllung behandeln und Ersatz wegen letzterer zu fordern berechtigt sein würde So treffend Planck Nr. 1 Abs. 2, Schollmeyer Nr. 1b, Goldmann-Lilienthal S. 396.

Ein Rücktritt vom Vertrage liegt indes in dem Verlangen der Strafe nicht; der Gläubiger bleibt also zur Gegenleistung verpflichtet. Das ergibt sich auch aus dem Charakter der Strafe als der Feststellung des Interesses gemäß § 325, s. auch Schollmeyer Nr. 2 (die Vereinbarung der Vertragsstrafe bedeutet kein erweitertes Rücktrittsrecht).

3. **Das Verhältnis der beiden Ansprüche**, des alten Leistungsanspruches und des auf die Strafe gerichteten, verändert sich, sobald an Stelle des ersteren nach Maßgabe der §§ 276 ff., 323 ff. ein Interesseanspruch getreten ist. Dieser steht mit dem Strafanspruch nur in elektiver Konkurrenz, d. h. der eine Anspruch schließt den andern erst nach Maßgabe der dadurch erzielten Befriedigung aus.

Das entspricht dem GR. und dem HGB., Art. 284, wogegen das Landrecht I, 5, § 293 und der Code die ausgemachte Strafe als Höchstbetrag des zu fordernden Ersatzes behandelten, und E. I § 420 wenigstens durch Wahl der Strafe den Ersatzanspruch ausgeschlossen werden ließ.

Der Satz harmoniert auch mit dem Charakter der Vertragsstrafe, die den Gläubiger des schwierigen Nachweises seines Interesses überheben soll und daher, als für ihn beigefügt, sich nicht gegen ihn kehren darf, s. auch die entsprechende Bestimmung des § 288 Abs. 2 wegen der Verzugszinsen. Ein wahrer Strafcharakter der Vertragsstrafe ist darin nicht anerkannt.

Schollmeyer Nr. 3 erachtet den Satz freilich für anomal, vom Standpunkt der facultas alternativa aus (oben Nr. 2): hat der Gläubiger sich für die Leistung b) entschieden, darf er eigentlich nicht mehr auf die Leistung a) zurückkommen. Aber man kann den gewöhnlichen und den mittels Vertragsstrafe vereinbarten Ersatzanspruch nicht in ein gegensätzliches Verhältnis bringen; sie unterscheiden sich doch schließlich nur im Umfang!

4. Die Erklärung des S. 2 ist einseitiger, empfangsbedürftiger Akt nach § 130 ff.

5. **Wann kann der Gläubiger die Ansprüche aus Abs. 1 geltend machen?** Der Zeitpunkt ergibt sich aus § 339, s. Bem. dazu. Ist aber eine Unmöglichkeit der Erfüllung eingetreten, so kommt Abs. 2 zur Anwendung, wenn der Schuldner sie vertreten muß: andernfalls ist nach dem in der Vorbemerkung Gesagten auch der Anspruch auf die Strafe erloschen. Das gilt auch, wenn der Gläubiger von einem ihm etwa zustehenden Rücktrittsrecht Gebrauch macht.

Wegen des Falles, wenn dem Schuldner die Hauptleistung teilweise unmöglich geworden ist, s. Titze, Unmöglichkeit S. 158. Hier soll dem Gläubiger neben dem möglich gebliebenen Rest der Anspruch auf die Strafe zustehen nach Staub zu HGB. § 348 Anm. 14, anscheinend auch Titze. Aber diese rigorose Anschauung ginge selbst dann im allgemeinen zu weit, wenn man dem Gläubiger mit Titze gegen Staub die Pflicht auferlegte, die empfangene Teilerfüllung zurückzuerstatten. Sie besagt, daß wegen der vereinbarten Vertragsstrafe der Gläubiger jede vom Schuldner zu vertretende teilweise Unmöglichkeit der Leistung als totale behandeln kann, was doch sonst nur ausnahmsweise (s. § 280 Abs. 2, § 325 Abs. 1 S. 2), bei mangelndem Interesse des Gläubigers an der Vertragserfüllung, zutrifft. Soll wirklich die schuldhafte Unmöglichkeit eines vielleicht minimalen Teiles der Leistung stets die ganze Vertragsstrafe auslösen? Doch wohl allgemein nur dann, wenn diese auf nichtgehörige Erfüllung gestellt ist, übrigens nur, soweit der Gläubiger gemäß §§ 280 Abs. 2, 325 Abs. 1 S. 2 die teilweise Unmöglichkeit als totale behandeln kann. Allenfalls ließe sich m. E. die Meinung verfechten, daß ein dem unmöglich gewordenen Teil der Leistung entsprechender Teil der Strafe verfallen sei. Anscheinend wie hier Planck und Schollmeyer (s. oben Nr. 2), da ihre Heranziehung des § 280 Abs. 2 wohl nur so verstanden werden kann.

6. Die Sätze des § 340 sind natürlich nach allen Richtungen **dispositiv**, wie auch schon bisher (s. z. B. l. 16 D. II, 15; Oertmann, Der Vergleich, S. 172).

7. S. auch die, teilweise abweichende, Regelung im neuen HGB. § 75.

§ 341.

Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, daß er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen.

Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der nicht gehörigen Erfüllung zu, so finden die Vorschriften des § 340 Abs. 2 Anwendung.

Nimmt der Gläubiger die Erfüllung an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält.

E. I 421, E. II 293, RV. 335. — Mot. S. 276—8, Prot. S. 776—9.

1. Die Bestimmung, die den modernen Rechten mit Ausnahme des Landrechts entspricht, bildet **nur eine scheinbare Ausnahme** vom Prinzip des § 340, s. Bem. Nr. 1 dazu. Daher darf der Gläubiger zwar die noch ausstehende, inhaltlich vertragsmäßige Erfüllung selbst, aber nicht das accessorische Interesse kumulativ neben der Strafe fordern, sondern dies nur elektiv wie nach § 340 Abs. 2.

Ebensowenig darf er Beseitigung des Mangels begehren neben der Strafe (Kipp zu Windscheid II S. 156 gegen Planck Nr. 1). Denn das Interesse an der Korrektheit der Leistung war ja gerade durch die Strafe gedeckt; bekäme der Gläubiger also jetzt nachträglich Beseitigung des Mangels neben der Strafe, so erhielte er doppelten Ersatz: Naturalherstellung und, in der Strafe, das fixierte Erfüllungsinteresse.

2. Wann die Strafe auf die völlige Nicht-, wann auf die nicht gehörige Erfüllung gesetzt ist, ist **Tatfrage**. „Nicht in gehöriger Weise" ist erfüllt, wenn am unrechten Orte, zu spät, nur mangelhaft, nur teilweise geleistet wird.

3. **Vorbehaltlose Annahme** der mangelhaften Erfüllung nimmt, im Gegensatz zum GR. nach dem Erk. des RG. Bd. 9 Nr. 51, das Recht auf die Strafe im Sinne des § 341 — für den Fall des § 340 hat die Annahme der Leistung vor der dort vorgesehenen Erklärung natürlich schlechthin diese Wirkung. Und zwar ist nicht genügend ein Vorbehalt wegen der Ansprüche aus dem Mangel der Erfüllung im allgemeinen, sondern es wird ein solcher gerade in Bezug auf das Recht „dazu", d. h. auf die Strafe, erfordert.

Über den **Vorbehalt** s. auch Dernburg § 103, IV 1, Planck Nr. 2, RG. ZS. VII vom 22. VI. 1904 Bd 57 Nr. 76 S. 338 ff. Er muß in der Regel bei der Annahme erfolgen. Ob auch ein vorher erklärter unter Umständen genüge, ist streitig; dagegen RG. aaO. S. 340, Rehbein Nr. 15, dafür Dernburg und Planck, falls aus den Umständen erhelle, daß der Vorbehalt als fortwirkend anzusehen sei, ebenso OLG. Stuttgart in DJZ. 04 823. Das kann aber jedenfalls dann nicht gelten, wenn der Vorbehalt abstrakt, „in omnem eventum" erklärt war; m. E. muß der antezipierte Vorbehalt, um genügend substantiiert zu erscheinen, sich auf einen befürchteten besonderen Erfüllungsmangel beziehen.

Die **Annahme der Erfüllung** ist in § 341 in demselben Sinne zu verstehen, wie in § 363, „Hinnahme der Leistung als die dem Vertrage entsprechende Erfüllung", RG. ZS. V vom 11. I. 1905, Bd. 59 Nr. 102 S. 380, RG. Bd. 57 Nr. 76 aaO. Sie kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch durch konkludente Handlungen (s. RG. 59 381), möglicherweise auch durch Schweigen auf die Anzeige des Gegners von seiner Erfüllungshandlung.

Nicht nötig ist, daß der Empfänger die Leistung als tadellose angenommen hat — sonst wäre ja kein Raum mehr für die doch gesetzlich anerkannte Geltendmachung von Mängeln im Sinne des § 363. Die Haftung wird vielmehr durch sie nur eingeschränkt, nicht beseitigt; § 341 Abs. 2 ist also insofern ein Sondersatz.

Wie, wenn der Gläubiger in entschuldbarer Weise von der Inkorrektheit der Leistung bezw. von dem entstandenen Strafanspruch in Unkenntnis war? E. I § 421 S. 3 ließ dann die Beseitigung nicht eintreten. Das hat E. II gestrichen, s. Prot. S. 778, und daraufhin läßt Planck Nr. 2 nunmehr solche Momente einflußlos sein. Man wird indes dem Gläubiger eine Anfechtung der Annahmehandlung nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze nicht versagen dürfen, namentlich wegen Irrtum und Betrug.

Gegenbeweis ist bei der positiven Natur des Satzes unstatthaft, doch kann dessen Anwendung von vornherein ausgeschlossen werden.

§ 342.

Wird als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen, so finden die Vorschriften der §§ 339 bis 341 Anwendung; der Anspruch auf Schadensersatz ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt.

E. I 420—2, E. II 294, RV. 336. — Prot. S. 776.

1. **Inhalt:** Die Strafe wird zwar meist, braucht aber nicht immer auf Geld gerichtet zu sein, so kann sie z. B. gehen auf Übergabe einer Sache, Vornahme einer Handlung, Verzicht auf ein Recht.

2. In solchen Fällen finden die bisherigen Regeln Anwendung, nur mit der Maßgabe, daß ein etwa weiterer erweislicher Schaden nicht neben der Strafe verlangt werden kann, ebensowenig wie nach § 340 die Erfüllung.

3. Schon das Verlangen der Strafe, nicht erst ihre wirkliche Zahlung, schließt den Ersatzanspruch aus, Titze, Unmöglichkeit S. 144, während umgekehrt das Verlangen des Ersatzes eine entsprechende Wirkung noch nicht hat.

Das Verhältnis der beiden Gerechtsame soll auch hier (s. Bem. 2—3 zu § 340), eine facultas alternativa mit Gläubigerwahlrecht sein, Titze aaO., was wiederum bedenklich erscheint, aus den oben entwickelten Gründen.

§ 343.

Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen.

Das Gleiche gilt auch außer den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, daß er eine Handlung vornimmt oder unterläßt.

E. II § 295, RV. 337. — Prot. S. 780—6. DS. 77—8.

Literatur: Hölder, Recht 00 161 ff.; Hachenburg, Vorträge Aufl. 2 S. 99 ff.

1. **Bisheriges Recht — Grundidee:** Während das GR. und das Handelsrecht, Art. 284, von der unbeschränkten Freiheit in Festsetzung einer Vertragsstrafe ausgingen, setzten das Landrecht (I, 5, § 299) und der Code (Art. 1231) ein nach dem wirklichen Interesse zu berechnendes Maximum fest. Der Entwurf I schloß sich den ersteren Rechten auch hier an; der Entwurf II dagegen enthielt aus sozialpolitischen und ethischen Rücksichten (s. Prot. S. 781 ff.) zwar nicht die Rückkehr zum mechanischen Prinzip des Landrechts, wohl aber die Zubilligung des in § 343 vorgesehenen richterlichen Ermäßigungsrechtes, angesichts des mit derartigen Strafklauseln zum Schaden der wirtschaftlich Schwachen häufig getriebenen Mißbrauches. — Ist das Versprechen darüber hinaus geradezu wucherisch, so tritt nach § 138 Nichtigkeit ein.

2. **Wann eine „unverhältnismäßige“ Höhe der Strafe vorliegt, ist Tatfrage;** S. 2 gibt bedeutsame Anhaltspunkte, s. auch Ges. über die Abzahlungsgeschäfte vom 16. V. 1894, § 4 Abs. 1. Reiche Angaben aus der Praxis bei Warneyer BGB. zu § 343 Nr. 3.

Es kommt dabei weniger auf das Verhältnis zum Werte der Hauptleistung allein, als vielmehr auf dasjenige zu dem Interesse an, das mit der Strafe befriedigt werden soll: diese ihre wesentliche Aufgabe soll dieselbe nicht ungebührlich überschreiten.

Folglich ist zunächst auf die Höhe des mit der Strafe zu ersetzenden Schadens zu sehen — nicht in dem Sinne, daß nur eine erweisliche Schadenshöhe bei Beurteilung der Angemessenheit in Betracht käme (so mit Recht OLG. Dresden in Rspr. III, S. 286, s. auch unten Nr. 6), denn die Vertragsstrafe soll den Gläubiger ja des schwierigen Schadensnachweises überheben, wohl aber in dem Sinne, daß das für Verhältnisse dieser Art normale oder doch objektiv mögliche Erfüllungsinteresse mit dem ausbedungenen Strafbetrag verglichen wird.

Ferner wird aber daneben — denn die Strafe ist ja auch Pressionsmittel, nicht nur Interessefixierung — das Maß des Verschuldens des Schuldners, die wirtschaftliche Lage beider Teile in Rücksicht gezogen werden müssen; auch § 138 kann entsprechend verwertet werden. S. Prot. S. 785/86.

Für den Gläubiger wird durch die Rücksichtnahme auf „jedes berechtigte Interesse“ gesorgt, d. h. jedes von der Rechtsordnung anerkannte, legitime Interesse.

Zweifelhaft ist der für die Beurteilung der Angemessenheit maßgebende Zeitpunkt. Die meisten lassen den des Urteils entscheiden, so überzeugend Schollmeyer Nr. 2c, auch Planck Nr. 2, Hölder S. 163—4. Siber, Rechtszwang S. 152, entscheidet dagegen für den Zeitpunkt des Zuwiderhandelns, weil der des Urteils von Zufälligkeiten abhängig sei. Letzteres ist richtig, würde aber allgemein gegen die Maßgeblichkeit des Urteilszeitpunktes bei Schadensersatzansprüchen sprechen, die doch allgemein zugegeben wird. Und eine retrospektive Beurteilungsweise ist schwierig, ferner bedenklich, wenn sich inzwischen eine für den Umfang des zu berücksichtigenden Interesses bedeutsame Änderung der Verhältnisse ergeben hat. Dafür spricht auch der Wortlaut: Ist . . . unverhältnismäßig hoch (also jetzt, im Zeitpunkt des zu fällenden Urteils), so kann sie . . . .

3. **Wirkung des § 343:** Die den Grundsätzen zu 2 zuwider ausbedungene höhere Strafe ist nicht nichtig, sondern „durch Urteil“, also durch den Richter, nach den entwickelten Grundsätzen auf Antrag des Schuldners auf das angemessene Quantum herabzusetzen.

Das kann geschehen:

a) durch Einrede gegenüber der vom Gläubiger auf den ganzen Betrag angestrengten Leistungsklage; eine besondere Widerklage ist schwerlich nötig. Für deren Notwendigkeit freilich Schollmeyer Nr. 2a, Hellwig Anspruch S. 13, Lehrbuch S. 247, Langheineken Anspruch S. 322, Planck Nr. 1, Marcus, Blätter für Rechtspflege 00 18. Dagegen Dernburg § 102, II, Goldmann-Lilienthal S. 397, Kisch, Urteilslehre S. 120, Kuhlenbeck bei Staudinger Nr. 4 (anders früher daselbst Mayring), Rehbein Nr. 16, Siber, Rechtszwang S. 150, Zitelmann, Grundriß S. 35. Im Sinne der hier vertretenen herrschenden Meinung auch RG. ZS. III vom 1. V. 1903, DJZ. 03 429, OLG. Dresden in Rspr. VIII S. 43 (26. X. 1903) und das dort zitierte Urteil des KG. vom 12. XII. 1903, sowie OLG. Braunschweig ebenda (das von „Einwand“ spricht). Für die Widerklage BayObLG., Recht 03 153. Das Gesetz spricht nur von einem „Antrag“ des Schuldners, und dieser Ausdruck weist keineswegs auf die Notwendigkeit einer besonderen Widerklage hin. Es handelt sich einfach um eine Einrede oder einen ihr mindestens sehr ähnlichen Rechtsbehelf (Siber S. 150), vergleichbar der Aufrechnungs- und Kompensationseinrede des früheren Rechts. Konnte dort der Beklagte mittels Erhebung einer Einrede eine Vernichtung des klägerischen Anspruchs durch den Richter herbeiführen, warum soll er da nicht auf entsprechende Weise auch eine bloße Herabsetzung desselben vermitteln können? Langheinekens Einwurf, es fehle doch an einem materiellen Anspruch auf teilweise Befreiung, ist aus dem Munde eines Anhängers des publizistischen, nicht notwendig von materieller Grundlage abhängigen Rechtsschutzanspruches mehr überraschend als beweiskräftig. Die Analogie der Wandlung schlägt nicht durch, da bei dieser der Richter den fehlenden Parteiwillen ergänzt, was er allerdings nur auf einen allein der rechtskräftigen Entscheidung fähigen Klag- oder

Widerklagantrag hin kann. Daß das auch für Rechtsgestaltungsakte der Richter gälte, ist nicht erweislich.

Ob aber auch ohne erhobene Einrede der Richter die Ermäßigung schon dann aussprechen darf, wenn der Beklagte einfach den Klagegrund bestreitet (so OLG. Hamburg 9. X. 1903, HansGerZ. 1903, Beibl. S. 286), ist zweifelhaft. Es wird aber wohl insofern bejaht werden können, als in jenem Bestreiten des Strafverfalls implicite auch ein solches der Angemessenheit gefunden werden kann.

b) aber auch der Schuldner kann seinerseits auf Herabsetzung klagen.

Eine ziffermäßige Angabe des Betrages, auf den Schuldner die Strafe herabgesetzt wissen will, ist überall nicht erfordert, denn es soll ja erst der Richter diese Herabsetzung nach freiem Ermessen treffen; der Schuldner fordert nur Einsetzung des „angemessenen" Betrages. So auch Goldmann-Lilienthal S. 397 Anm. 17.

Eine Feststellungsklage liegt darin nicht, weil der Richter nicht ein Rechtsverhältnis als vorhandenes feststellen, sondern es in der vom Schuldner gewünschten Art begründen bezw. modifizieren soll.

Das führt auf die **Eigenart der zu treffenden richterlichen Entscheidung.** Sie stellt sich nach der herrschenden und sicherlich richtigen Ansicht als ein konstitutives, rechtsgestaltendes Urteil dar, s. Hellwig, Anspruch S. 463, Planck Nr. 1, Zitelmann, Grundriß S. 356, Kisch, Urteilslehre S. 139 Anm. 122 und dort Zitierte, wie bei der früheren gerichtlichen Kompensation. Allerdings wird nicht das Rechtsverhältnis in seiner Totalität von der Entscheidung betroffen, aber doch in seinem Umfang ergriffen, und insofern kann man es mit Kisch zu einer besonderen Klasse der „festsetzenden" Urteile rechnen. Aber das ist doch nur eine Abart der rechtsgestaltenden, in ihrem Gegensatz zu den gewöhnlichen deklaratorischen. Daß unser Urteil zu jenen gehört, ergibt sich aus dem unzweideutigen Wortlaut und der Notwendigkeit eines sonst unverständlichen besonderen Antrages. Anders nur Hölder, der die Strafe im Betrage des Übermaßes anfechtbar sein läßt und das Urteil als Feststellungsurteil erachtet. Aber warum dann der Antrag an Stelle der sonst zur Anfechtung genügenden Erklärung?

4. **Die Herabsetzung** kann erst nach der Verwirkung geschehen, ob und inwieweit Grund dazu vorliegt, ist nach der derzeitigen Sachlage zu beurteilen, oben Nr. 2 a. E.

Vorher kann selbst unter den Voraussetzungen der Feststellungsklage eine Herabsetzung nicht betrieben werden.

5. **Ausgeschlossen** ist die Herabsetzung nach der Entrichtung: denn der Schuldner hat eine an sich vorhandene Pflicht erfüllt. Teilweise Entrichtung dagegen wird das Recht wegen des noch nicht gezahlten Teiles schwerlich nehmen; vielleicht ist gerade aus dem Bewußtsein heraus, nicht mehr zahlen zu müssen und zu wollen, bloß ein Teil geleistet worden.

Auch liegt keine „Entrichtung" vor, wenn nur zur Abwendung sofortiger Zwangsvollstreckung, der sich Schuldner unterworfen hatte, oder sonst mit Vorbehalt geleistet wurde.

6. **Den Beweis der Unangemessenheit** muß natürlich Schuldner als eine das Ermäßigungsrecht begründende Tatsache führen. Auch würde sonst das ganze Institut der Vertragsstrafe seiner wesentlichen Zwecke leicht entkleidet werden können.

7. Die Bestimmung des Abs. 2 (s. dazu Vorbem. vor § 339, Nr. 1—2c) war notwendig wegen sonst naheliegender Umgehungen, s. Denkschr. S. 78.

8. Der § 343 ist nicht beschränkt auf Geldleistungen; wegen des Ges. vom 14. XI. 67 s. EG. Art. 39. — Für das Handelsrecht ist die Ermäßigung ausgeschlossen worden durch HGB. § 348, s. auch das. § 75 Abs. 2. Ebensowenig ist das Ermäßigungsrecht auf andere Fälle, z. B. das Reugeld, entsprechend anzuwenden, LG. Halle 19. IV. 1901, „Recht" 1901 S. 283 Nr. 1010, s. auch RG. in JW. 31 Beil. 196.

9. Daß die Vorschrift **zwingend** sei, bedarf angesichts ihrer Eigenart und Zwecke kaum der Erwähnung.

10. **Rückwirkende Kraft auf früher** (vor dem 1. I. 1900) **versprochene** Vertragsstrafen: Die Frage wird angesichts des EG. Art. 170 wohl mit Recht verneint vom RG. in JW. 00 855 und Entsch. Bd. 53 Nr. 105 S. 922.

Anwendbarkeit bei einer übrigens nach **Auslandsrecht** zu beurteilenden Vertragsstrafe? Dafür, aber ohne überzeugende Gründe, OLG. Hamburg bei Seuffert 59 Nr. 33 S. 63.

§ 344.

Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben.

E. I 424, E. II 296, RV. 338. — Mot. S. 279, Prot. S. 787.

S. Vorbem. vor § 339, Nr. 2c. Der § 344 gibt die Grenzen an, innerhalb deren die Vertragsstrafe im engeren und namentlich auch im weiteren Sinn allein statthaft ist. Für „unwirksam" kann ein Versprechen erklärt werden:

a) aus materiellen Gründen, s. z. B. §§ 134, 138, 312, 762;

b) aus formellen Gründen, s. §§ 125, 311, 313 (so auch schon die bisherige Judikatur, z. B. bei Seuffert 25 Nr. 228; 27 Nr. 115—6). Daß auch in den letzteren Fällen das Strafversprechen nichtig sein muß, ergibt sich aus der sonst außerordentlich leichten Umgehung aller Formvorschriften als notwendig.

2. **Ist das Hauptgeschäft bloß anfechtbar**, so gilt (im Gegensatz zu E. I) nicht ohne weiteres dasselbe, s. Prot. S. 787. Ist allerdings die Anfechtung jenes Aktes erfolgt, so erscheint er nunmehr als nichtig (§ 142) und § 344 kommt zur Anwendung; erfolgt aber die Anfechtung nicht, so liegt für die Ungültigkeit des Strafversprechens kein Grund vor; und ist endlich das Strafversprechen in Kenntnis der Anfechtbarkeit abgegeben, so kann darin unter Umständen ein Verzicht auf die Anfechtung liegen, § 144. So auch Endemann S. 762.

3. Ob die Parteien von der Unwirksamkeit des Hauptversprechens **Kenntnis** hatten, ist gleichgültig; ebenso, ob in dem Strafversprechen auf den unwirksamen Vertrag Bezug genommen wurde. Doch ist möglich, daß das (an sich korrekte) Versprechen zugleich als Bestätigung des alten Aktes aufgefaßt werde, soweit eine solche in dieser Art und Form wirksam ist.

4. § 344 verlangt, daß die Unwirksamkeit auf gesetzlicher Vorschrift beruhe, einerlei, ob diese dem Vertrag schlechthin oder nur unter gewissen, im vorliegenden Fall vorhandenen Voraussetzungen, die Anerkennung versagt hatte. Die bloße Tatsache der Unwirksamkeit des Hauptvertrages an sich dagegen macht das Strafversprechen noch nicht unwirksam; die Ansicht von Stammler S. 160 geht zu weit. Einmal ist sehr wohl möglich, daß die Parteien keine klagbare Hauptverbindlichkeit wollten, sondern nur das Pressionsmittel der Strafe, s. auch Siber, Rechtszwang S. 31 ff., der diesen Fall anscheinend als den einzigen ansieht. Zum andern dürften (s. Vorb. 2c a. E. vor § 339) grundsätzlich alle ihrer Eigenart nach bloß sozialen, außerrechtlich aber nicht widerrechtlich übernommenen Pflichten dahin gehören (so auch Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 1 Abs. 4, anders Planck Nr. 1).

8. S. die besondere Bestimmung in § 1297, ferner GewO. § 152 Abs. 2.

§ 345.

Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der Strafe, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht.

E. I 425, E. II 297, RV. 339. — Mot. S. 279, Prot. S. 787—8.

1. Der Satz des § 345 findet Anwendung, mag die Strafe auf die Nicht- oder nicht gehörige Leistung gesetzt sein. Der Gläubiger muß die allgemeinen Voraussetzungen, namentlich den Verzug, beweisen; der Schuldner führt dann den Gegenbeweis nach § 345. Die Ausnahme für den Fall der Unterlassung ergibt sich daraus, daß hier allein ein positives Tun des Schuldners Voraussetzung für den Eintritt der Rechte des Gläubigers auf die Strafe ist, nach § 339 S. 2.

Fünfter Titel.

Rücktritt.

Literatur: Kisch, Unmöglichkeit, S. 134 ff., Littmann, Das Rücktrittsrecht, 1902, Oertmann, SeuffBl. 69 65 ff.

Vorbemerkung.

1. Das **vertragsmäßige Rücktrittsrecht**, von dem der Titel 5 zunächst handelt, war im Gemeinen Recht nicht einheitlich, sondern in einer Mehrheit von Sonderinstituten geregelt, wie lex commissoria, in diem addictio, pactum displicentiae, die besonders beim Kauf ausgebildet wurden. Das BGB. macht daraus ein einheitliches Institut, für das es aber auch in sehr weitgehendem Maße die bisherigen Regeln über einen Fall des gesetzlichen Rücktrittes (actio redhibitoria) verwertet.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht fällt zunächst nicht unter diese Sätze; diese werden aber in sehr wichtigen Fällen darauf besonders für anwendbar erklärt, so nach §§ 325/7, 467 (Wandlung), 527, nicht minder in den Fällen der §§ 280 Abs. 2 und 286 Abs. 2, die kein eigentliches Rücktrittsrecht darstellen (Littmann S. 31, anders meine Aufl. 1), wie sich schon aus dem damit verbundenen Schadensersatzanspruch ergibt, der zum Rücktrittsrecht nicht paßt. Diese Fälle beruhen vielmehr auf dem Gedanken, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, eine physisch (teilweise) mögliche Leistung wie eine (völlig) unmögliche zu behandeln. — Auf andere Fälle des gesetzlichen Rücktrittes (z. B. die sog. außerordentliche Kündigung bei Miete und Werkvertrag; Widerruf bei der Schenkung usw.) finden die Regeln nicht schlechthin, sondern höchstens in den Grenzen der allgemeinen Analogie, Anwendung. Der grundsätzliche Unterschied gegenüber dem Rücktrittsrecht ist, daß die Kündigung nur für die Zukunft wirken will, während sie das Verhältnis für die Vergangenheit bei Kräften beläßt (s. Nr. 4/5); ebenso der Widerruf beim Auftrag. Beim Schenkungswiderruf ist das zwar anders, aber auch hier tritt Rückforderung nur nach den allgemeinen Regeln der Bereicherungsansprüche ein, s. Planck, Vorbem. Nr. 4. Kein Rücktrittsrecht ist auch das dem Gläubiger für gewisse Fälle vorbehaltene Recht auf vorzeitige Rückforderung des Darlehens, RG. ZS. V vom 7. VI. 1902 Bd. 52 Nr. 2 S. 11.

2. **Die Wirkung der Rücktrittserklärung** ist sehr bestritten. Es stehen sich drei verschiedene Grundansichten gegenüber:

a) Die Theorie der **direkten Wirkung.** Das gesamte Schuldverhältnis wird mit rückwirkender Kraft (ex tunc) durch den Rücktritt aufgelöst, die noch nicht erfüllten Verbindlichkeiten erlöschen ohne weiteres, die bereits vollzogenen verlieren ihren Rechtsgrund und können aus dem Gesichtspunkt der causa finita zurückgefordert werden, in der durch § 346 näher geregelten Weise.

Diese Theorie ist die vorherrschende, s. Oertmann aaO. und dort Zitierte (Cosack, Enneccerus, Goldmann-Lilienthal, Langheineken usw.), ferner Kisch S. 134 ff., Planck, Vorbem. Nr. 1, Kuhlenbeck-Staudinger, Vorbem. III, 1.

Der Rücktritt bezieht sich (s. Oertmann aaO. S. 75, 77) unmittelbar nicht auf die entstandenen Rechtsverhältnisse, sondern auf ihren Entstehungsgrund (causa); dieser, der Vertrag, wird durch den Rücktritt beseitigt, und darum stürzen als mittelbare Wirkungen auch die auf ihn aufgebauten Rechtswirkungen mit rückwirkender Kraft zusammen.

b) **Theorie der indirekten Wirkung:** Das alte Schuldverhältnis bleibt an sich bestehen, der Rücktritt bewirkt nur neue Ansprüche auf Rückleistung („Gegenverpflichtungen"), bei den noch nicht vollzogenen Leistungen Einreden. So L. Cohn (Breslau), JW. **02** 7 ff., Dernburg § 107, Crome § 174 Nr. 4, Endemann § 148 Nr. 2, Matthiaß S. 410.

c) **Mittlere Theorie:** Die noch nicht vollzogenen Verpflichtungen werden durch den Rücktritt ipso iure beseitigt; soweit sie schon erfüllt sind, entstehen nur Rückgewähransprüche. Der Rücktritt wirkt ex nunc. So Hellwig, Anspruch S. 21 ff., Kipp bei Windscheid S. 320, 499, Seckel, Gestaltungsrechte, in der Festschrift für R. Koch S. 222.

Über den praktischen Unterschied s. Oertmann S. 69 ff: nach der Ansicht zu b) kann der ipso iure bestehen gebliebene Anspruch auch noch an sich geltend gemacht, gegebenenfalls ein Versäumnisurteil erwirkt werden. Die Pfandrechte bleiben zunächst

in Kraft, und es könnte nur die Rückgabe der Pfänder nach §§ 1254, 1211 begehrt werden. Zur Bestätigung der Rücktrittswirkung bedürfte es keines neuen Vertrages, sondern nur eines Verzichtes auf das erworbene Einrederecht oder (bei der Ansicht zu c) den Rückgewähranspruch. Alles das ist bei der Ansicht zu a) anders; mit ihr stimmt in den erstgenannten Punkten die zu c) im Ergebnis überein.

Die Ansicht zu b) entsprach allerdings dem Entwurfe § 427 Abs. 1; aber dessen Fassung wurde in der zweiten Kommission bekämpft und geflissentlich geändert. Sie findet nunmehr im Gesetzestext keinerlei Stütze mehr, und es spricht dagegen das schwere Bedenken, daß die Rechtslage sich danach für die Parteien verschieden gestaltet, wenn die eine geleistet hatte, die andere nicht. Dann behält jene ihren Vertragsanspruch, wennschon als einredebehafteten, während sie andererseits einen Rückgewähranspruch dazu erhält, sodaß sie bei der nötigen Unverfrorenheit aus beiden nebeneinander ein Versäumnisurteil erwirken könnte! Ferner: wählt der Gläubiger im Fall des § 326 dem säumigen Schuldner gegenüber nach Ablauf der Nachfrist den Rücktritt, so ist sein Erfüllungsanspruch ipso iure ausgeschlossen (§ 326 S. 2 a. E.) — und doch soll die Pflicht des säumigen Gegners, die sich nach den allgemeinen Rücktrittsregeln bestimmt (§§ 346, 327), als einredebehaftete fortbestehen — welcher Widersinn!

Zur Mittelmeinung stimmt nicht (s. Oertmann S. 74) die in zahlreichen Sätzen zu Grunde gelegte rückwirkende Kraft der Rücktrittserklärung, ferner nicht die Bemerkung § 327 S. 2, wonach die Rückerstattungspflichten aus dem Rücktritt gegenüber denen beim Bereicherungsanspruch nicht etwas anderes, sondern nur ein Mehr darstellen („... nur nach den Vorschriften ..."), sodaß an sich auch diese für den Rücktritt anwendbar sein würden, in gewissen Fällen dabei sogar tatsächlich anwendbar sind. Mit Hellwig (ähnlich Titze S. 165—6) die Erstattungspflichten beim (vertragsmäßigen) Rücktrittsrecht statt dessen aus einem bedingten Rückerstattungsversprechen herzuleiten, erscheint gekünstelt, s. Nr. 3 zu § 346.

3. Das Rücktrittsrecht ist eine **Ermächtigung** (facultas) oder, nach der Terminologie Zitelmanns, ein **Recht des rechtlichen Könnens** (so auch Kisch S. 136), nicht ein klagbarer Anspruch: einer Klage auf Vollziehung des Rücktritts bedarf es nicht, weil die einfache Erklärung diese Wirkung erzielt; zu klagen ist höchstens auf Rückerstattung der trotz des Rücktritts beim Gegner verbliebenen Leistungsgegenstände.

Folglich ist eine Verjährung für das Recht als solches nicht möglich (wohl aber eine vertragsmäßige oder gesetzliche (s. auch § 355) Befristung), während wiederum der durch die Ausübung entstandene konkrete Anspruch jener unterliegt, s. Mot. S. 284.

Anders liegt es bei der Wandlung um deswillen, weil diese vom BGB. als wahrer Anspruch konstruiert wird, s. Bem. 1 zu § 465.

4. **Verhältnis zum Anfechtungsrecht, zur auflösenden Bedingung.** Jenes wirkt dinglich, löst die entstandenen Rechtsverhältnisse selbst unmittelbar auf, dieses nur persönlich, nimmt ihnen nur ihre causa; die rückwirkende Kraft ist übrigens beiden gemeinsam. Umgekehrt, der auflösenden Bedingung fehlt die rückwirkende Kraft grundsätzlich (s. nur § 159). Dinglich dagegen ergreift auch sie an sich allein den Kausalakt, die daraufhin vollzogenen Leistungen nur dann, wenn sie auch bei ihnen ausdrücklich oder stillschweigend eingefügt ist — das ist aber natürlich auch bei den Rechtsübertragungen auf Grund eines mit Rücktrittsklausel versehenen Vertrages möglich (Oertmann S. 77, RG. 54 Nr. 87 S. 340). Der Unterschied ist also nur gering; Enneccerus leugnet ihn ganz. Mangels solcher besonderen Einfügung einer Bedingung in die vollzogenen Leistungen wirkt der Rücktritt nur persönlich; selbst Kenntnis des Dritterwerbers von dem gegen seinen Vormann bestehenden Rücktrittsrecht kann einen Anspruch gegen ihn nicht begründen, s. Mot. S. 281. Denn wir haben kein ius ad rem.

Der Unterschied von der Kündigung (s. auch oben Nr. 1 a. E.) liegt darin, daß der Rücktritt den Kausalakt vernichtet, die daraus entstandenen Rechtswirkungen nur mittelbar ergreift, während die Kündigung nur dahin führt, ein an sich unbegrenztes Schuldverhältnis in seiner Zeitdauer zu begrenzen oder, bei der vorzeitigen Kündigung, die ursprüngliche Zeitdauer abzukürzen. Von rückwirkender Kraft kann bei ihr begrifflich keine Rede sein. S. dazu auch Schönfeld, Recht 02 368, aber auch unten Nr. 5; Alsberg, ArchBürgR. 22 92 ff.

5. **Beschränkungen des Rücktrittsrechtes?** Es wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die gemachten Leistungen nicht mehr in Natur zurückgewährt werden können, s. § 346 S. 2, Bem. 3 dazu.

Bei Schuldverhältnissen mit einer Mehrheit zeitlich abgegrenzter Leistungsabschnitte wird das Rücktrittsrecht im Zweifel nicht für die einmal abgelaufenen und erledigten, sondern nur für die noch laufenden und folgenden Wirkungen zeitigen, s. Kisch aaO. S. 144. Für sie muß trotz des Rücktritts der Grundsatz sinngemäß gelten: „quieta non movere"; das Gegenteil würde zu schwierigen und sinnwidrigen Auseinandersetzungen führen. Dadurch verschwindet hier der Unterschied von der vorzeitigen Kündigung allerdings so sehr, daß es fast zweifelhaft erscheint, ob er sich insoweit noch aufrecht erhalten läßt. Indes ist zu beachten, daß der Rücktritt auch die noch nicht erledigten Pflichten aus den früheren Zeitabschnitten ergreift, während bei der vorzeitigen Kündigung diese als einmal geschuldet bestehen bleiben und noch entsprechende Wirkungen (Ersatzansprüche, Verzugswirkungen usw.) zeitigen können. S. auch Kisch S. 147, Alsberg aaO., der in m. E. kaum fördernder Weise in der Kündigung einen teilweisen Rücktritt — von den sich erst für die Zukunft ergebenden beiderseitigen Pflichten — erblickt, S. 98.

§ 346.

Hat sich in einem Vertrag ein Teil den Rücktritt vorbehalten, so sind die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Für geleistete Dienste sowie für die Überlassung der Benutzung einer Sache ist der Wert zu vergüten oder, falls in dem Vertrag eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten.

E. I 427[1–2], E. II 298[1], RB. 340. — Mot. S. 280—2, Prot. I S. 788—90, VI S. 158—9. D. S. 79—80.

1. Das Rücktrittsrecht steht **entweder nur einem von beiden oder auch beiden gemeinsam zu**; es geht vom ursprünglich Berechtigten im Zweifel auf seine Rechtsnachfolger über, s. Mot. S. 280.

2. **Mit Ausübung des Rücktrittsrechtes** sind die beiderseits gemachten Leistungen sine causa beim Gegner und könnten daher mangels besonderer Sätze zurückgefordert werden, s. Vorbem. Nr. 2, 4 a. E. Die bezüglichen Pflichten werden indes durch das Prinzip des § 346 und die folgenden Einzelsätze wesentlich erweitert. Dieser Grundsatz darf aber nicht so verstanden werden, daß die Kontrahenten sich gegenseitig auch für Zufälle hafteten, sondern so, daß sie erstatten müssen, als wenn sie sich vertragsmäßig dazu verpflichtet hätten, s. Planck Nr. 3.

3. **Verhältnis der beiderseitigen Pflichten.** Es stehen dabei keine Vertragsansprüche in Frage, vielmehr beruhen die Pflichten auf dem Gesichtspunkt der sog. causa finita, s. Vorbem. Nr. 2, mindestens auf einem ihr äußerst nahe verwandten. Die Herleitung aus einem gegenseitigen bedingten Rückerstattungsversprechen ist wenig natürlich und würde unter Umständen zu reinen Fiktionen führen, so besonders in den Fällen des Abs. 2; beim gesetzlichen Rücktritsrecht, auf das § 346 gleichfalls anwendbar ist (s. § 327), versagt sie von vornherein. Ebenso unzulänglich wäre die bloße Herleitung aus der einseitigen Rücktrittserklärung; diese beseitigt nur den Kausalakt, den Vertrag; was sich daraus weiter entwickelt, ist nicht Folge des Parteiverhaltens.

Allerdings entspricht es der gemeinsamen Herkunft der beiden Pflichtenkomplexe, sie in ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis zu setzen, und daraus erklärt sich § 348. Aber dieser Paragraph wäre nach der Theorie des bedingten Erstattungsversprechens überflüssig und mit seiner nur „entsprechenden" Anwendung der §§ 320, 322 sogar unverständlich. Gegen jene Theorie spricht auch § 350, der bei synallagmatischer Verknüpfung der beiderseitigen Pflichten einen Widerspruch zu § 323 enthielte und höchstens als positive Ausnahme (so in der Tat Titze, Unmöglichkeit S. 165/6) erklärlich wäre.

Vor der Rücktrittserklärung erzeugt die Rücktrittsbefugnis weder Ansprüche noch Gegenrechte gegen die vertragsmäßigen Ansprüche (Einreden); anders zu Unrecht Rehbein S. 248 Nr. 4 (ohne Begründung).

4. Satz 2 gibt eine durch die Verhältnisse gebotene **Einschränkung des Prinzips**, weil derlei Leistungen nicht in Natur zurückgewährt werden können (z. B. beim Miets- und Dienstvertrag). Die „Gegenleistung" ist entweder die vertragsmäßig für

die Leistung oder die gerade für den Fall des Rücktrittes ausbedungene; war sie für einen längeren Zeitraum bemessen, so ist sie bei teilweisem Vollzug der Leistung nach dem entsprechenden Wertverhältnis herabzusetzen.

Für die Bestimmung des zu vergütenden Wertes ist wohl der Zeitpunkt der Leistung maßgebend, Schollmeyer Nr. 2 a. E. Auf den individuellen Wert der Leistung für den Leistenden kann keine Rücksicht genommen werden, z. B. auf das, was er durch anderweite Verwaltung seiner Arbeitskraft erworben haben würde. Denn das hat mit dem objektiven Wert des Geleisteten, der zurückerstattet werden soll, an sich nichts zu tun.

§ 347.

Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe bestimmt sich im Falle des Rücktritts von dem Empfange der Leistung an nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Das Gleiche gilt von dem Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruch auf Ersatz von Verwendungen. Eine Geldsumme ist von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen.

E. I 427[2–3], E. II 298[2], RB. 341. — Mot. S. 281—2, Prot. S. 789—90.

1. Die Bestimmungen des § 347 sind Folgesätze aus dem Prinzip des § 346 sowie aus der Erwägung, daß jeder Kontrahent danach „von Anfang an mit der Möglichkeit rechnen muß, daß er infolge des Rücktritts verpflichtet wird, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren", Denkschr. S. 79. Er ist also dem Beklagten bei der Eigentumsklage ähnlich und wird dementsprechend behandelt, d. h. er haftet nach Maßgabe der §§ 989, 994 ff.

Im wesentlichen ähnlich war auch die gemeinrechtliche Gestaltung bei der actio redhibitoria; s. ferner SächsGB. §§ 911 ff.

Allerdings trifft das Prinzip nicht immer zu, s. Kisch S. 146, und der Gesetzgeber hat wohl allzu vorschnell generalisiert. So trifft es z. B. nicht zu in dem Fall, wo das Rücktrittsrecht erst nachträglich entstanden ist, etwa wegen nachträglicher, schuldhafter Unmöglichkeit der Erfüllung. Hier die Haftung trotzdem vom Empfang der Leistung durch den Rücktrittsgegner in der scharfen Weise des § 347 eintreten zu lassen, erschiene widersinnig. Man wird, wenn der Buchstabe nicht über den Geist triumphieren soll, dem Wortlaut des Gesetzes zum Trotz in solchen Fällen die Haftung erst von der späteren Entstehung des Rücktrittsrechtes an nach § 347 bestimmt werden lassen. Anders freilich Kisch. Das ist um so eher als statthaft zu erachten, als die in Frage kommenden Fälle fast ausnahmslos zum gesetzlichen Rücktrittsrecht zählen, auf das § 347 nicht wörtliche, sondern nur entsprechende Anwendung findet.

2. Über den Begriff der Nutzungen s. § 100, der Verwendungen § 256; der Zinssatz der zu erstattenden Geldsumme beträgt gemäß § 246 4%.

3. Über die Art der Erstattung s. §§ 249 ff.

4. § 347 denkt zunächst nur an die Pflichten des Rücktrittsgegners. Ob er auch auf die Erstattungspflichten des Rücktrittsberechtigten anwendbar sei, ist nicht zweifellos. Dafür Schollmeyer Nr. 4. Wohl mit Recht: allerdings möchte sich dabei anscheinend ein gewisser Gegensatz zu den Sätzen der §§ 351 ff. (s. Bem. dazu) ergeben; aber der Wortlaut bezieht sich viel eher auf die beiderseitigen Pflichten, der unmittelbar vorhergehende § 346 handelte von ihnen beiden, und der befürchtete Widerspruch dürfte sich unschwer lösen lassen, indem § 351 sich nur auf die Zeit vor der Rücktrittserklärung bezieht, es mit der Frage zu tun hat, wieweit diese noch zulässig ist. Erst wenn diese bejaht ist, kann für die weitere Frage der Haftung § 347 herangezogen werden. So z. B. ist eine schuldhafte, aber unwesentliche Verschlechterung der empfangenen Gegenstände nach § 351 unerheblich, belastet aber den Täter nach § 347 mit der Ersatzpflicht.

§ 348.

Die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen der Parteien sind Zug um Zug zu erfüllen. Die Vorschriften der §§ 320, 322 finden entsprechende Anwendung.

E. I 428, E. II 299, RV. 342. — Mot. S. 282, Prot. S. 790.

1. Der Satz entspricht dem geltenden Recht und ergibt sich aus dem Prinzip des § 346, wonach die gegenseitigen Erstattungspflichten im wesentlichen wie auf einem gegenseitigen Vertrage beruhend behandelt werden. Daher greift die Einrede des nicht erfüllten Vertrages Platz, keineswegs aber ist der Anspruch des einen oder anderen Teiles von vornherein nur auf Leistung gegen Gegenleistung gerichtet. Die Verknüpfung der beiden Pflichten ist natürlich keine engere, als beim gegenseitigen Vertrag. So auch deutlich S. 2; s. ferner Oertmann, Zeitschr. f. Rechtspfl. Bayern I S. 14.

2. Der Kreis der fraglichen Verpflichtungen ergibt sich aus §§ 346/7.

3. Der **Erfüllungsort** ist für die Pflichten des einen wie des andern Teiles der allgemeine, § 269, keineswegs ist er wegen der Leistungspflicht „Zug um Zug" für beide notwendig identisch, Oertmann aaO. S. 47 ff.

4. **Unanwendbar** sind die §§ 323—5, insbesondere § 323. Zufällige Unmöglichkeit der einen Verpflichtung beseitigt nicht die Pflicht des Gegners. Das ist ausdrücklich in § 350 für die Zeit vor dem Rücktritt bestimmt, und ist nicht minder für die Zeit nach demselben anzunehmen. Dafür spricht neben der Analogie des § 350 deutlich die Nichterwähnung des § 323 im § 348; auch § 347 läßt sich dafür verwerten.

5. S. auch ZPO. §§ 726, 756, 764.

§ 349.

Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile.

E. I 426, E. II 300, RV. 343. — Mot. S. 280, Prot. S. 787—8.

1. **Form**: Der Rücktritt erfolgt durch einseitige, empfangsbedürftige Erklärung gemäß §§ 130 ff. Diese kann auch als Einwendung gegenüber der Leistungsklage vorgebracht werden (Berufung auf die zugleich gesetzte rechtsvernichtende Tatsache der Rücktrittserklärung). Bei Mehrheit der Berechtigten gilt § 356.

2. **Der einmal vollzogene Rücktritt** hebt das Schuldverhältnis auf, ist folgerecht unwiderruflich. Das entspricht dem früheren Recht (s. Seuffert 33 Nr. 225, Mot. S. 280) und muß bei der Gestaltung im BGB. erst recht gelten (s. Vorbemerkung Nr. 2). So auch Kisch S. 139. Höchstens kann durch neuen Vertrag ein dem alten inhaltlich gleiches Schuldverhältnis hergestellt werden.

3. Daß der Rücktritt **nicht bedingt** erfolgen könne, lehren die meisten, so Kisch aaO. S. 137, Kuhlenbeck-Staudinger, Planck, aber ohne zulänglichen Beweis. Die Frage ist hier nicht anders zu beantworten, wie bei der Kündigung, s. unten Bem. 2 zu § 564, der bedingte Rücktritt also grundsätzlich zuzulassen. Das kann auch praktisch wünschenswert sein, z. B. jemand tritt zurück, falls der Gegner nicht binnen einer bezeichneten Frist seine Vertragspflicht erfülle.

4. Unnötig ist bei der Rücktrittserklärung ein Angebot der Leistungen, die der Rücktretende aus dem aufzulösenden Vertrage empfangen hat und auf Grund des Rücktritts zurückgeben muß, RG. 49 Nr. 11 S. 38 ff. Das folgt aus § 354, wonach der Rücktritt erst nach Ablauf einer dem Säumigen gestellten Rückgabefrist hinfällig wird, sowie aus § 348, da andernfalls der Rücktretende ja vorleistungspflichtig würde.

Vorbemerkung zu §§ 350 ff.

Die folgenden Paragraphen handeln von der **Beseitigung des Rücktrittsrechtes**. E. I hatte als Grund dafür noch den Verzicht vorgesehen, das ist späterhin als selbstverständlich gestrichen. Wenn der Entwurf aber weiterhin auch in der teilweisen Leistung und ihrer Annahme ohne weiteres einen Verzicht erblickte, soweit dem Betreffenden das Rücktrittsrecht bekannt war, so erschien das zu weitgehend und wurde

deshalb ins Gesetz nicht aufgenommen. Es handelt sich vielmehr um eine Tatfrage. Nimmt z. B. jemand im Falle der Verwirkungsklausel die erste Rate verspätet an, in der Hoffnung prompteren Empfanges der späteren, so liegt darin schwerlich ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht, falls sich diese Hoffnung nicht erfüllt.

§ 350.

Der Rücktritt wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist.

E. I 429, E. II 301, RV. 344. — Mot. S. 282, Prot. S. 790—4.

1. Den Grundsatz, daß der **Untergang des empfangenen Gegenstandes** das sonst zulässige Rücktrittsrecht an sich nicht aufhebt, hat das Römische Recht bei der actio redhibitoria ausgebildet („mortuus redhibetur“, f. ll. 31 § 1, 38 § 3 D. 21, 1); ebenso SächsGB. § 918, anders aber Landrecht I, 5, §§ 327/8 und Code Art. 1647. Für das BGB. entspricht die Bestimmung, die einen Gegensatz gegenüber dem Recht der gegenseitigen Verträge enthält, dem Prinzip, daß sich die Parteien in den früheren Zustand zurückversetzen sollen, und bei diesem ja auch den Gegner des Zurücktretenden der Zufall betroffen haben würde.

Natürlich können die Parteien das Rücktrittsrecht auch durch die Existenz des zurückzugebenden Gegenstandes bedingt machen, Mot. S. 283.

2. Was vom Untergang des Gegenstandes gilt, gilt natürlich a fortiori von einer (zufälligen) **Verschlechterung** und vom teilweisen Untergang.

3. Wegen **schuldhafter Vernichtung** s. § 351. Davon abgesehen hat der Gegner des Rücktretenden nur den Anspruch auf Abtretung der Ersatzansprüche nach § 281.

4. § 350 handelt zunächst nur von einem Untergang der empfangenen Gegenstände **vor Ausübung des Rücktrittsrechtes.** Wegen späterer Zufälle s. Bem. 5 zu § 348, wonach auch sie den Rücktritt nicht in Frage stellen.

§ 351.

Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweite Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat. Der Untergang eines erheblichen Teiles steht einer wesentlichen Verschlechterung des Gegenstandes, das von dem Berechtigten nach § 278 zu vertretende Verschulden eines anderen steht dem eigenen Verschulden des Berechtigten gleich.

E. I 430 Nr. 1, E. II 302 Nr. 1, RV. 345. — Mot. S. 283, Prot. S. 794—5. D. S. 80—1.

Literatur: Conze, Einfluß einer Verfügung des Käufers usw., Diss. Berlin 1903.

1. Im GR. war die Frage, welchen Einfluß auf das Rücktrittsrecht die **schuldhafte Vernichtung** oder Verschlechterung des Gegenstandes habe, für die actio redhibitoria streitig; s. Windscheid § 394 No. 12; Eck in der Berliner Festschrift für Beseler, 1885, S. 161 ff.

Richtiger Ansicht nach wurde sie nicht ausgeschlossen, wenn die Verfügung weder in Verzichts- noch in rechtswidriger Absicht erfolgte. Ähnlich das BGB. für das Rücktrittsrecht, indem dieses nur bei „verschuldeter“ Verschlechterung usw. wegfallen soll. Es kann zweifelhaft sein, ob das Wort „schuldhaft“ hier in technischem Sinne gebraucht wird, oder ob man jede freie, imputable, nicht durch die Verhältnisse gebotene oder gestattete Handlung darin einbezieht. Für das erstere spricht nur der Wortlaut, und auch dieser nicht entscheidend, da die Worte „verschulden“ und „schuldhaft“ auch sonst mitunter vom BGB. in untechnischem Sinne gebraucht werden (s. die Angaben bei Weyl, Verschuldensbegriffe S. 296 ff., 314), für das letztere die Erwägung, daß von

einer wahren „Verschuldung" hier, wo der Betreffende doch ein volles Recht auf den Gegenstand hatte, kaum geredet werden kann; ferner die Analogie vom § 352, der sonst ganz singulär dastände. Enger Schollmeyer, Anm. 1 zu § 353, Strohal bei Jhering **33** 372, Kisch, Unmöglichkeit S. 141. Anders auch Planck Nr. 1, der aber der hier vertretenen Meinung Zugeständnisse macht, indem eine Ausübung des Rücktrittsrechts nach vollzogener Konsumtion gegen Treu und Glauben verstoßen soll. Noch anders Conze S. 54—5, der das „Verschulden" als ein solches im Sinne des § 254 (Verschulden gegen sich selbst) faßt; ähnlich wie hier die bei Conze zitierte Dissertation von Kaufmann; ferner Schneider, Rechtsregeln des Viehhandels S. 88 Anm. 81, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 1.

Die Mittelmeinungen können wenig befriedigen; sie haben im Gesetz nicht mehr Boden als die hier vertretene. Noch weniger ist es freilich möglich, das Wort „schuldhaft" auf eine Verletzung der durch den Rücktritt entstandenen Erstattungspflicht zu beziehen. Denn gerade das „schuldhafte" Benehmen im Sinne des S. 1 soll die Wirksamkeit des Rücktritts und damit die Entstehung jener Pflicht ausschließen!

Jedenfalls wird man (so auch Conze) unter S. 1 einbeziehen unwirtschaftliche Vernichtungen oder Beschädigungen. Eine durch die Regeln des ordnungsmäßigen Wirtschaftsbetriebes gestattete wird wenigstens dann in der Regel den Rücktritt ausschließen, wenn sie in Kenntnis des Rücktrittsrechts geschah, indem darin vielfach ein Verzicht auf dasselbe zu finden sein wird, mindestens aber seine Ausübung trotz bewußter Konsumtion der empfangenen Gegenstände gegen Treu und Glauben verstieße. Nur bei einer durch die Verhältnisse gebotenen, insbesondere zur Vermeidung ihres Verderbs vollzogenen Konsumtion mag vielfach anders zu entscheiden sein: geschah sie im Interesse des Gegners, so kann das als verbindliche Geschäftsführung ohne Auftrag angesehen werden; geschah sie im eigenen Interesse, so wird auch dazu vielfach eine Einwilligung des Gegners, vorbehaltlich seiner Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung, zu unterstellen sein.

2. Erfordert wird eine **wesentliche Verschlechterung**; bei unwesentlicher bleibt der Anspruch, aber natürlich ist der Handelnde nach §§ 346/7 ersatzpflichtig. Der Untergang eines „erheblichen Teiles" steht jener gleich: anders natürlich, wenn mehrere selbständige Sachen Leistungsgegenstände waren, dann wirkt ein den einen treffendes Ereignis nicht bezüglich des anderen.

3. **Haftung auf die Bereicherung**: Daß der Rücktretende wegen der etwa schuldlos vernichteten oder verschlechterten Gegenstände dem Gegner nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung haftet, ist selbstverständlich.

4. **Verschuldung** des Vertreters muß der Rücktretende auch hier in demselben Umfange, wie eigene, vertreten, s. Schluß des Textes. Dabei ist freilich (s. Nr. 5) eine direkte Anwendung des § 278 hier ebensowenig möglich, wie im Fall des § 254. Es steht ein solches Verhalten der Gehilfen in Frage, das, eine wirkliche Erstattungspflicht bereits vorausgesetzt, den Schuldner nach § 278 verantwortlich machen würde.

5. Der § bezieht sich nur auf Ereignisse **vor vollzogenem Rücktritt**; wegen späterer s. § 347 (der sich freilich nicht auf sie beschränkt). Er bezieht sich ferner nur auf das Verhalten des Berechtigten; das des Rücktrittsgegners kann nur nach § 347 beurteilt werden.

6. Auf bloßes Unvermögen der Rückgabe ist § 351 nicht zu beziehen, s. deswegen § 354.

7. **Beweis:** Muß, wer trotz behaupteter und erweislicher Unmöglichkeit der Rückgabe den Rücktritt erklärt, den Beweis der Schuldlosigkeit im Sinne des § 351 erbringen, oder muß der Gegner zur Hintanhaltung der Rücktrittsfolgen ihm sein Verschulden beweisen? Für die erste Alternative in dem insoweit gleichliegenden Fall der Wandlung RG. ZS. V vom 13. I. 1904, Bd. 56 Nr. 68 S. 261 und vom 23. I. 1904 bei Gruchot **48** 896ff. (= Seuffert 59 Nr. 101 S. 179). Der Wortlaut ist zweifelhaft; § 350 scheint eher für die Beweislast des Zurücktretenden, § 351 wohl eher für die des Gegners zu sprechen. Innere Gründe empfehlen die erste Ansicht, da dem Rückerstattungsunfähigen der Beweis in der Regel nicht nur ungleich leichter sein wird als dem Gegner, sondern auch die Zulassung seines Rücktritts in solchem Fall an sich schon ein solches Privileg darstellt, daß es nicht ohne Not durch Gewährung des hier höchst wichtigen Beweisvorteils noch ins Ungemessene erweitert werden darf. Wenn je, hat hier eine „Rechtsfindung durch Interessenabwägung"

(Stampe) Sinn und Berechtigung. Auch die Analogie des § 282 wird unterstützend dafür in Betracht kommen.

§ 352.

Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat.

E. I 430 Nr. 3, E. II 303 Nr. 2, RB. 346. — Mot. S. 283, Prot. S. 794—5.

1. In diesem Fall wird **Verschuldung** oder auch nur **Kenntnis** vom Rücktrittsrecht des Spezifikanten sicherlich nicht erfordert werden, schon wegen des allgemeinen Wortlautes. Übrigens bildet § 352 eine Parallele zu § 351: der Unmöglichkeit der Rückgabe wird hier die Unmöglichkeit, der Sache die alte Gestalt zurückzugeben, an die Seite gestellt (s. auch für das GR. Entsch. des ROHG. 11 202). Über den Begriff der Verarbeitung s. § 950.

2. Es dürfte auch nach Analogie von § 351 die **Umarbeitung eines „wesentlichen Teiles"** genügen. Dagegen eine bloße kleine **Umänderung** der Sache, namentlich wenn sie sich als Verbesserung darstellt, nimmt den Rücktritt natürlich nicht; ja der Gegner muß nach § 347 ihren Betrag erstatten.

Wie aber bei unnötigen, unverhältnismäßig hohen Aufwendungen, die den Gegner zu einer außergewöhnlichen Belastung verpflichten würden? Für solchen Fall ließ bisher das RG. bei Seuffert 48 Nr. 15 S. 22 den Rücktritt fortfallen, und das wird man auch für das BGB. wohl wenigstens in dem Falle — nach Analogie von § 350 — anzunehmen haben, wenn derartige Verwendungen in Kenntnis des Rücktrittsrechtes gemacht sind. Ihrer ungeachtet noch den Rücktritt zu wählen, dürfte gegen Treu und Glauben verstoßen (s. auch Bem. 1 zu § 351). Anders freilich Planck Abs. 2, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 6, die mit § 347 Satz 2 aushelfen wollen. Aber es gibt auch Aufwendungen auf Sachen, die zu dauernden Mehrausgaben des Eigentümers führen, weil sie die laufende Erhaltung verteuern (z. B. möglicherweise Heizungs- und Beleuchtungsanlagen)!

3. Steht nach § 352 das entsprechende Tun der gesetzlichen Vertreter und Gehilfen dem des Berechtigten gleich? So Schollmeyer Nr. 2 unter Berufung auf die Meinung der 2. Kommission. Aber diese ist nicht formell bindend. Andererseits enthält § 352 eine solche Verschärfung des Prinzips — Abstandnehmen von jedwedem subjektiven Moment — daß ein Analogieschluß aus dem weniger scharfen § 351 schwerlich statthaft erscheint. Es wird gegenüber einer durch die genannten Hilfspersonen vollzogenen Verarbeitung vielmehr beim Grundsatz des § 351 verbleiben müssen, sodaß sie nur, wenn „schuldhaft" in seinem Sinne, den Rücktritt ausschließt.

§ 353.

Hat der Berechtigte den empfangenen Gegenstand oder einen erheblichen Teil des Gegenstandes veräußert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn bei demjenigen, welcher den Gegenstand infolge der Verfügung erlangt hat, die Voraussetzungen des § 351 oder des § 352 eingetreten sind.

Einer Verfügung des Berechtigten steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt.

E. I 430[2], E. II 303, RB. 347. — Mot. S. 283, Prot. I S. 794—5, VI S. 160 ff.

1. **Prinzip:** Daß die Veräußerung oder Belastung des empfangenen Gegenstandes durch den Rücktrittsberechtigten diesem sein Recht nicht schlechthin nimmt, entspricht dem richtig verstandenen römischen Recht bei der Wandlungsklage (s. Eck in dem zu § 351

Nr. 1 erwähnten Aufsatz; RG. Bd. 17 Nr. 16 S. 67) und der Erwägung, daß dadurch die Rückgewähr nicht objektiv unmöglich gemacht wird. Sollte aber der Berechtigte subjektiv zu ihr unvermögend sein, so genügt dafür die Vorschrift des § 354, da das bloße Unvermögen als ein beim Rücktritt schon vorhandenes anfängliches vom Berechtigten zu vertreten ist, s. Bem. 1b zu § 306, den Verzug nicht ausschließt (s. auch Bem. zu § 354). Dieser kann indes nicht Platz greifen, wenn die Sache bei dem dritten vernichtet oder verschlechtert ist, weil dadurch die Rückgabe unmöglich geworden, der Verzug ausgeschlossen sein würde. Andererseits gehört der dritte an sich nicht zu den Personen, deren Verhalten der Berechtigte nach §§ 179, 351 zu vertreten haben würde. Zur Ausfüllung der so entstandenen Lücke dient der § 353, s. auch Planck dazu Nr. 1.

2. Der Satz findet **Anwendung**, mag der Gegenstand dem dritten ganz oder teilweise übereignet oder nur mit einem Nießbrauch, Pfandrecht und dergl. belastet sein. Gehört auch die Vermietung von Grundstücken hierher? Sie schafft zwar kein dingliches, aber doch ein gemäß § 571 gegen dritte wirksames Recht, sodaß der Geltungsgrund des § auch wohl hier Platz greift.

3. Ist die Sache beim dritten **zufällig untergegangen**, so wird dadurch dem Berechtigten das Rücktrittsrecht nicht genommen, sondern dies geschieht nur, wenn er im Sinne von § 351/2 die Sache schuldhaft vernichtet, verschlechtert, oder wenn er sie umgearbeitet hat.

Dabei ist das „Verschulden" natürlich in keinem andern Sinne zu verstehen, als nach § 351, also im Sinne eines unwirtschaftlichen, durch die Verhältnisse nicht gestatteten oder gebotenen Verhaltens, s. Bem. 1 zu § 351. Andernfalls würde § 353 fast inhaltlos sein, da von einem technischen Verschulden des dritten wenigstens gegenüber dem zu ihm in keiner Beziehung stehenden Rücktrittsgegner kaum je die Rede sein könnte (s. die möglichen Fälle bei Kisch S. 141).

Soweit § 353 nicht zutrifft, bleibt der Rücktritt trotz der Veräußerung und des Unterganges an sich noch statthaft. Aber das natürlich nur, soweit er nicht schon wegen § 351 ausgeschlossen sein sollte. Damit dem so sei, wäre ein doppeltes erforderlich: einmal müßte die Veräußerung sich als eine im Sinne des genannten § schuldhafte herausstellen, und zum andern müßte sie bereits als solche die Ursache der späteren Unmöglichkeit der Herausgabe darstellen, diese im Sinne des adäquaten Kausalzusammenhangs (s. Vorbem. vor § 249) generell begünstigt haben. Ersteres wird, wenn nicht immer, so doch vielfach bei einer in Kenntnis des Rücktrittsrechts vorgenommenen Veräußerung ohne weiteres anzunehmen sein; letzteres z. B. dann, wenn die Veräußerung in einer durch Krieg oder Aufruhr gefährdeten Gegend oder bei Vieh in einem durchseuchten Bezirk vorgenommen ist. Dagegen beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 353 kommt es auf die genannten Momente nicht an, er stellt insofern eine Erweiterung des § 351 dar (s. Crome S. 203).

Sind weder die Voraussetzungen des § 353 noch die des § 351 erfüllt, so ist der Rücktritt zulässig. Das erweckt insofern Bedenken, als nunmehr der Rücktretende anscheinend sowohl vom Rücktrittsgegner die frühere vertragsmäßige Gegenleistung zurückfordern, als das vom Ersteher erlangte Äquivalent behalten kann (da ja ein Untergang nach dem Gefahrsübergang auf diesen in Frage steht). Daß ein solches Ergebnis möglichst vermieden werden muß, ist klar, schwierig aber die Rechtfertigung. Der Anwendung des § 281 (so Aufl. 1) steht entgegen, daß der Rücktretende das Äquivalent nicht infolge des die Rückgabe unmöglich machenden Umstandes erlangt hat, indem nicht die Veräußerung, sondern erst der Untergang der Sache die Rückgabe unmöglich machte. Vielleicht sind aber die Bereicherungsansprüche verwendbar: der Rücktrittsberechtigte hat das Äquivalent eingeheimst für einen Vermögenswert, der zwar dinglich zu seinem Vermögen gehörte, auf den er aber auf Grund des vollzogenen Rücktritts im internen Verhältnis, dem Rücktrittsgegner gegenüber, kein Recht besaß, bezw. den er ihm herauszugeben verpflichtet war. Auch an eine Anwendung der Regeln über Geschäftsführung im Sinne des § 687 könnte gedacht werden: der Rücktrittsberechtigte nimmt mit der Veräußerung im eigenen Interesse ein Geschäft vor, das eventuell, falls nämlich der Rücktritt erfolgt, jedenfalls im internen Verhältnis als Geschäft des Rücktrittsgegners zu behandeln ist.

Davon abgesehen wird der Rücktritt nicht ausgeschlossen; nur muß natürlich der Rücktretende dem Gegner gemäß § 281 die etwa erworbenen Ersatzansprüche übertragen.

4. Zu Abs. 2 s. §§ 704 ff., 916 ff. ZPO; 126 ff. KO., s. auch Bem. zu § 354.

§ 354.

Kommt der Berechtigte mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes oder eines erheblichen Teiles des Gegenstandes in Verzug, so kann ihm der andere Teil eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Der Rücktritt wird unwirksam, wenn nicht die Rückgewähr vor dem Ablaufe der Frist erfolgt.

E. I 430, E. II 349, RB. 348. — Mot. S. 283, Prot. VI S. 160ff., 384.

1. Liegt keiner der Fälle der §§ 351/3 vor, so kann der Berechtigte den Rücktritt vollziehen, die **Gegenleistung** freilich mit Erfolg nur zurückfordern, wenn er Zug um Zug das Empfangene zurückgewährt, nach § 348; es sei denn, daß es untergegangen ist, in welchem Fall der Berechtigte nach § 350 das Gegebene ohne Gegenleistung zurückfordern kann. Anders bei bloßem Unvermögen der Rückgabe oder nur tatsächlicher Unterlassung derselben: hier steht seinem Rückgabeanspruch gemäß § 348 eine der Einrede des nichterfüllten Vertrages entsprechende Einrede entgegen; er kann ferner, nach Empfang des Gegebenen schlechthin, vorher Zug um Zug gegen diesen, auf Rückerstattung in Anspruch genommen werden. Aber zur Vermeidung von Weitläufigkeiten wird dem Gegner daneben das besondere Recht des § 354 gegeben, das im wesentlichen der entsprechenden Bestimmung des § 326 nachgebildet ist.

2. Erfordert wird **Verzug**, über dessen Voraussetzungen die §§ 284ff. bestimmen. Es genügt aber nicht jeder Verzug, sondern er muß sich gerade auf die Rückgewähr des Gegenstandes „oder eines erheblichen Teiles" beziehen. Unter die letztere Klausel wird man nach der Entstehungsgeschichte (s. Planck Nr. 2 Abs. 2) und wegen Gleichheit des Grundes auch den Fall rechnen müssen, wenn der Rücktretende die Sache nicht ohne eine erhebliche von ihm darauf gelegte Belastung (z. B. einen Nießbrauch, auch ein Mietrecht) zurückgewähren kann. Es ist klar, daß der Rücktretende auch in Verzug kommt, wenn er infolge einer vorgenommenen Veräußerung oder Belastung den Gegenstand nicht herausgeben kann. Dann liegt ein subjektives Unvermögen zur Leistung vor, das der Schuldner, als vor dem die Rückgabepflicht begründenden Rücktritt entstanden, nach allgemeinen Grundsätzen zu vertreten hat, s. Bem. 1b zu § 306. Denn die Gleichstellung von Unmöglichkeit und Unvermögen ist im Sinne des BGB. nichts allgemeines, sondern trifft nur, soweit besonders bestimmt — so nach § 275 Abs. 2 bei der Speziesschuld wegen des nachträglichen Unvermögens — ein. Um ein solches handelt es sich hier aber nicht, auch nicht trotz der rückwirkenden Kraft der Rücktrittserklärung (§ 347). Denn diese soll offenbar die Haftung des Beteiligten verschärfen, nicht vermindern; sie bezieht sich zudem nur auf die Fälle der Unmöglichkeit, nicht auf die hier in Frage stehenden des Unvermögens. S. Oertmann, DJZ. **05** 519, ähnlich Kisch bei Grünhut **29** 536.

3. Über den **Begriff der angemessenen Frist** und der Erklärung s. Bem. 3 zu § 250, über den **Beweis** das. Nr. 5; s. ferner die §§ 264 Abs. 2, 283 Abs. 1, 326, 634.

4. **Insbesondere über den Fall der Zwangsversteigerung.** Auch sie bewirkt an sich nur ein Unvermögen der Rückgabe, und zwar ein möglicherweise nur vorübergehendes, schließt also den Rücktritt nicht aus, s. auch arg. a contrario aus § 353 Abs. 2. Auch die Weigerung des Erstehers, das erstandene Objekt zurückzuveräußern, kann daran nichts ändern; sie macht nur das vorübergehende Unvermögen zum endgültigen, übt aber auf den Rücktritt und die Rückgabepflicht des Rücktrittsberechtigten keinen Einfluß. Er hat das Unvermögen, weil und soweit sein Grund: die Zwangsversteigerung, schon anfänglich (beim Rücktritt) bestand, zu vertreten, haftet also eventuell auf Ersatz, und der Gegner kann ihm statt dessen der Einfachheit halber die Frist aus § 354 stellen.

Das gilt auch in dem besonderen Fall, wenn gerade der Rücktrittsgegner den Gegenstand bei der Zwangsversteigerung erworben hat. Weigert er sich freilich, auf den Rücktritt einzugehen oder den Gegenstand zurückzuveräußern, so ist es von vornherein klar, daß der Rücktritt wegen Nichtrückgewähr nach § 354 wieder unwirksam werden muß, und es dürfte wenig Sinn haben, ihn unter diesen Umständen überhaupt zuzulassen, s. Oertmann aaO. S. 521.

Anders hat allerdings die herrschende Lehre, besonders das **Reichsgericht**, das Verhältnis für den gleichliegenden Fall der Wandlung aufgefaßt, s. die Angaben bei **Oertmann** S. 519 (Bd. 54 Nr. 61 S. 219 ff. und Seuffert Bd. 59 Nr. 101 S. 179 ff): Die Zwangsversteigerung soll, wenigstens wenn der **Vertragsgegner** zugleich Ersteher ist, eine **Unmöglichkeit** der Rückgabe an ihn bewirken, und die Statthaftigkeit des Rücktritts soll sich folgerecht nach § 351, also nach Schuld oder Schuldlosigkeit des Subhastaten an der Zwangsversteigerung, bestimmen. Eine exorbitante Auffassung, die rettungslos dahin führen müßte, daß dieser bei Schuldlosigkeit das seinerzeit dem Rücktrittsgegner Geleistete (bei der Wandlung; den Kaufpreis) zurückfordern könnte, ohne doch nach § 350 zu einer Gegenleistung verpflichtet zu sein. S. dagegen die Vorbem. 3b zu § 275, wo dargelegt ist, daß auch in dem hier fraglichen Falle nur **Unvermögen** vorliegt, **nicht** Unmöglichkeit.

Anders nur, wenn die Zwangsversteigerung **nach** der Rücktrittserklärung erfolgt. Dann wird nach § 275 Abs. 2 der Berechtigte von seiner Pflicht wegen nachträglichen Unvermögens frei, soweit er nicht an der Zwangsversteigerung Schuld trägt, und behält den Anspruch auf die Gegenleistung, da § 350 den § 348 nicht für anwendbar erklärt. Aber dafür wird hier einer Anwendung des § 281 nichts im Wege stehen: denn es ist doch gerade die Zwangsversteigerung, die einerseits den Rücktrittsberechtigten zur Rückleistung unvermögend macht — wennschon dieses Unvermögen zu einem dauernden erst durch Hinzutritt der Weigerung des Erstehers zur Rückveräußerung wird —, andererseits ihm im Versteigerungserlös ein Surrogat gewährt. Dessen Betrag muß er also dem Rücktrittsgegner erstatten.

§ 355.

Ist für die Ausübung des Rücktrittsrechts eine Frist nicht vereinbart, so kann dem Berechtigten von dem anderen Teile für die Ausübung eine angemessene Frist bestimmt werden. Das Rücktrittsrecht erlischt, wenn nicht der Rücktritt vor dem Ablaufe der Frist erklärt wird.

E. I 432, E. II 304, RV. 349. — Mot. S. 284, Prot. S. 796, D. S. 91.

1. Auch § 355 gibt eine **Schutzbestimmung für den Gegner des Rücktrittsberechtigten**, um ihn der Schikane und unsauberen Spekulationen des letzteren tunlichst zu entziehen. Sie ist um so nötiger, da im Gegensatz zum Wandlungsanspruch der Rücktritt keiner Verjährung, auch keiner gesetzlichen Befristung (anders E. I § 342) unterworfen ist.

2. Über den Begriff der **angemessenen Frist**, die Wirkung ihres Ablaufes, s. die Bem. zu § 354 und zu den dort Bem. 3 in Bezug genommenen §§.

Die Frist kann gesetzt werden vom Vertragsschluß ab; jedoch muß natürlich der Ablauf der für den Rücktritt etwa gesetzten Bedingung (s. § 360) oder Befristung abgewartet werden.

§ 356.

Sind bei einem Vertrag auf der einen oder der anderen Seite Mehrere beteiligt, so kann das Rücktrittsrecht nur von allen und gegen alle ausgeübt werden. Erlischt das Rücktrittsrecht für einen der Berechtigten, so erlischt es auch für die übrigen.

E. I 433, E. II 305, RV. 350. — Mot. S. 284, Prot. S. 796—7.

1. Der § 356 entspricht dem GR. bei der actio redhibitoria, l. 31 § 5/7 D. 21, 1, und dem SächsGB. § 910 insoweit, als es sich um die mehreren Berechtigten handelt, während jene gegenüber jedem von mehreren Verpflichteten anteilsweise am Platze war, l. 31 § 10 cit. Das BGB. hat das ausgeglichen, mögen im übrigen die Mehreren nach Anteilen oder solidarisch berechtigt oder verpflichtet sein; für letzteren Fall s. auch §§ 425, 429. Anders ist es bei dem Minderungsanspruch, § 474.

2. S. 2 kommt zur Anwendung bei allen Erlöschungsgründen unterschiedslos, also z. B. bei Unmöglichkeit der Erfüllung in der Person des einem Beteiligten nach §§ 351/53; bei Verzicht; bei Ablauf der ihm gegenüber gestellten Frist.

3. Bewirkt umgekehrt das Erlöschen des Rechts gegenüber einem der Beteiligten, daß es auch gegenüber dem anderen erlösche? Man wird mit Hruza (s. Vorbem. vor § 420) und Matthiaß (S. 412) aus S. 2 wohl ein zur Verneinung der Frage genügendes argumentum a contrario entnehmen können.

§ 357.

Hat sich der eine Teil den Rücktritt für den Fall vorbehalten, daß der andere Teil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so ist der Rücktritt unwirksam, wenn der andere Teil sich von der Verbindlichkeit durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach dem Rücktritte die Aufrechnung erklärt.

E. II 306, RB. 352. — Prot. S. 367—8.

Literatur: Alsberg, ArchBürgR. 22 93ff.

1. § 357 hat den Fall der **Verwirkungsklausel (lex commissoria**, s. auch § 360), vor Augen. Daß diese nicht Platz greift, wenn der Gegner zwar nicht erfüllt, aber rechtzeitig von seinem Aufrechnungsrecht Gebrauch macht, ist klar; das Gleiche soll aber auch gelten, wenn der Aufrechnungsberechtigte zwar dies nicht getan hat, das Versäumte aber „unverzüglich" durch Erklärung nachholt, obwohl nach strengem Recht jetzt die Gegenforderung, gegen die er aufrechnet, infolge des Rücktritts nicht mehr existiert.

Die Rücktrittserklärung ist also im Fall einer aufrechenbaren Gegenforderung von Rechts wegen als auflösend bedingt zu erachten durch die „unverzügliche" Erklärung der Aufrechnung, Schollmeyer zu § 357.

2. Über den Begriff **„unverzüglich"** s. § 121 u. Bem. dazu; über den der **Aufrechnung** §§ 387ff.

§ 358.

Hat sich der eine Teil den Rücktritt für den Fall vorbehalten, daß der andere Teil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, und bestreitet dieser die Zulässigkeit des erklärten Rücktritts, weil er erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht.

E. I 434, E. II 307, RB. 353. — Mot. S. 284—5, Prot. S. 797.

1. § 358 entspricht dem ähnlichen Satze bei der Vertragsstrafe, § 345, und auch der Grund beider Bestimmungen ist derselbe. An sich könnte man sagen, der Gläubiger müsse den Eintritt der Nichterfüllung als rechtserzeugende Tatsache beweisen. Aber dagegen sprechen praktische Erwägungen und der Gesichtspunkt, daß die Erfüllung vorhandener Pflichten nicht vermutet werden kann.

Dagegen wird der Berechtigte im Streitfall den behaupteten Vorbehalt des Rücktrittsrechtes selbst seinerseits zu beweisen haben, s. Kuhlenbeck No. 2.

§ 359.

Ist der Rücktritt gegen Zahlung eines Reugeldes vorbehalten, so ist der Rücktritt unwirksam, wenn das Reugeld nicht vor oder bei der Erklärung entrichtet wird und der andere Teil aus diesem Grunde die Erklärung unverzüglich zurückweist. Die Erklärung ist jedoch wirksam, wenn das Reugeld unverzüglich nach der Zurückweisung entrichtet wird.

E. I 435, E. II 308, RB. 354. — Mot. S. 285, Prot. S. 797—8.

1. Der Satz des § 359 gilt namentlich bei der sog. arrha poenitentialis, § 336 Abs. 2, aber auch für andere Fälle (z. B. bei der mit dieser Wirkung versprochenen Vertragsstrafe). Erfolgt hier der Rücktritt ohne deren — wenn bisher noch unterbliebene — Entrichtung, so wird daraus der Rücktretende zwar an seine Erklärung gebunden, der Gegner aber braucht sie nicht gelten zu lassen, hat also eine facultas alternativa. Eine **Bedingung** für die Wirksamkeit des Rücktritts liegt danach in jener Entrichtung nicht, anders als nach Entwurf 1.

2. Erfolgt keine **„unverzügliche"** (nach § 121) **Zurückweisung**, so muß der Rücktretende natürlich das Reugeld nunmehr noch nachträglich leisten.

3. Zweifelhaft ist die **Beweisfrage**. Man wird, entsprechend der Entstehungsgeschichte, s. E. I § 435 Abs. 1, vor allem aber aus inneren Gründen, dem Rücktretenden den Beweis der Entrichtung auferlegen müssen, so auch Planck Nr. 2, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 5. Dafür spricht ferner die Analogie von § 358: auch dort ist der Gedanke, daß, wer auf Grund einer angeblichen Leistung Rechte geltend macht, sie beweisen muß. Den Gegner trifft dann der Beweis der vollzogenen unverzüglichen Zurückweisung.

Anders Schollmeyer Nr. 3, der auf Grund der Fassung annimmt, der Rücktretende habe nur seinen Rücktritt zu beweisen, während der Nachweis für das Unterbleiben der Zahlung dann dem Gegner obliege, ebenso wie derjenige der unverzüglichen Zurückweisung. Ebenso Leonhard, Beweislast S. 383. Allein schwerlich wird man den Wert der Wortfassung für die Beweislast so hoch schätzen können, die Zahlung des Reugeldes ist doch in Wahrheit rechtsbegründendes Moment für den Rückerstattungsanspruch.

4. Auf das **gesetzliche** Rücktrittsrecht (insbesondere wegen Verzuges des Gegners oder einer von ihm verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung) ist § 359 unanwendbar. Daß bei ihm der Rücktritt an die Zahlung des Reugeldes gebunden sei, kann sinngemäß unmöglich angenommen werden. Auch ist § 359 keiner der nach § 327 auf das gesetzliche Rücktrittsrecht entsprechend anwendbaren Paragraphen. So auch Rehbein S. 256.

§ 360.

Ist ein Vertrag mit dem Vorbehalte geschlossen, daß der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein soll, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so ist der Gläubiger bei dem Eintritte dieses Falles zum Rücktritte von dem Vertrage berechtigt.

E. I 436, E. II 309, RV. 355. — Mot. S. 285—6, Prot. S. 798—800.

1. § 360 behandelt den Spezialfall der **Verwirkungs-, kassatorischen oder kommissorischen Klausel**, wie sie namentlich bei Abzahlungsgeschäften und sog. Möbelleihverträgen üblich ist; über diese Fälle s. nunmehr RG. vom 16. V. 1894.

Diese Klausel hat demnach nicht den Charakter einer ohne weiteres wirkenden auflösenden Bedingung, sondern gibt dem Gläubiger nur ein Recht des Rücktritts (s. Wendt, Reurecht und Gebundenheit, 1879); es kann also nicht der Schuldner durch seine Nichterfüllung die Gebundenheit wider Willen des Gläubigers beseitigen.

2. Ob zum Eintritt des Rücktrittsrechts **völlige Nichterfüllung** gehört, oder ob bloß **teilweise** sowie **mangelhafte Erfüllung** dazu genügt, ist Tatfrage; ebenso auch, ob die objektive Tatsache der Nichterfüllung ausreicht, oder ob Verzug im technischen Sinne verlangt wird, s. Mot. S. 286. Unter Umständen wird das Recht der Vertragsstrafe verwertbare Analogien bieten.

3. **Wirkung**: Die Vorschrift des § 360 bedeutet, daß mit der Auflösung des Vertrages **beiderseitige** Pflichten entstehen, insbesondere der Zurücktretende die Gegenleistung herausgeben muß, soweit er sie schon erhalten hatte.

Indes ist das schwerlich zwingendes Recht. Es dürfte einer Vereinbarung, daß die gezahlten Teilleistungen dem zurücktretenden Gläubiger verbleiben sollen, im allgemeinen nichts im Wege stehen. Immerhin müßte eine derartige Abrede als **Vertragsstrafe** angesehen werden: denn da nach § 360 der Vertrag aufgelöst ist, würde das Verbleiben der Teilleistungen beim Empfänger wirtschaftlich und schließlich auch rechtlich identisch sein mit einer für den Fall der Nichterfüllung des Vertrages dem Schuldner neu obliegenden Leistung, d. h. mit der Leistung einer Vertragsstrafe.

Die Verwirkungsklausel enthält nur insoweit keine Vertragsstrafe, als sie den Verlust von Vertragsrechten zum Inhalt hat. Um diese handelt es sich aber in dem hier besprochenen Falle nicht, da ja bei Erfüllung seiner Pflichten der Versprechende auf Rückgabe seiner Leistungen auch keinen Anspruch gehabt haben würde. Er verliert also hier als Folge seiner Nichtleistung keinen Anspruch, sondern nur die Anwartschaft auf Rückgabe einer Summe, die er mangels des Strafversprechens im Fall einer Aufhebung des Vertrages zurückerhalten haben würde.

Das wird juristisch so zu verstehen sein, daß der Schuldner in unserem Fall die Teilleistungen zugleich eventuell, falls die kassatorische Klausel in Kraft trete, zur Erfüllung der damit verbundenen Vertragsstrafe leistet: er zahlt sie als Erfüllungsschuldner, soweit der Vertrag in Kraft bleibt, als Strafschuldner, soweit er durch Ausübung des kassatorischen Rücktrittsrechtes hinfällig werden sollte. Bei dieser Konstruktion fällt das anders schwer zu überwindende Bedenken fort, daß die Vertragsstrafe doch das Versprechen einer Leistung fordert: diese liegt hier antezipiert in den für den genannten Fall als Strafleistung anzusehenden Teilleistungen.

Folgen der hier vertretenen Auffassung sind, daß der Verfall der Teilleistungen nur bei Verzug im technischen Sinne eintritt, § 339, sowie daß auf die Abrede das richterliche Ermäßigungsrecht nach § 343 Anwendung findet.

S. auch Schneider, Rechtsregeln des Viehhandels S. 82.

4. Im übrigen wird ein technischer Verzug, also ein Verschulden des Schuldners an der Nichterfüllung, zum Eintritt der Verwirkungsklausel grundsätzlich nicht erfordert. Nur dann kann sie schwerlich zur Geltung kommen, wenn der Gläubiger die Nichterfüllung verschuldete oder doch seine zur Leistung nötige Mitwirkung unterließ — die Berufung auf die Klausel würde in solchen Fällen gröblich gegen Treu und Glauben verstoßen, s. Rosenberg, Jherings Jahrb. 43 290. In manchen Fällen wird auch die Analogie des § 324 in diesem Sinne zu verwenden sein.

5. Das Rücktrittsrecht ist durch **Verzicht** ausgeschlossen, wenn der Berechtigte trotz Eintrittes seiner Voraussetzungen auf Leistung der Hauptverbindlichkeit unzweideutig, z. B. durch Klaganstellung, besteht. Aber eine bloße Mahnung läßt sich nicht als Äußerung eines solchen Verzichtswillens ansehen, RG. bei Seuffert 52 Nr. 240 S. 425 ff.

§ 361.

Ist in einem gegenseitigen Vertrage vereinbart, daß die Leistung des einen Teiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der andere Teil zum Rücktritte berechtigt sein soll, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder innerhalb der bestimmten Frist erfolgt.

E. I 361, E. II 278—9, RB. 351. — Mot. S. 199—200, Prot. S. 626, 640—2.

1. Im Gegensatz zu den §§ 286 und 326, bei denen zum Rücktritt erfordert wird, daß die verspätete Leistung für den Gläubiger kein Interesse hat, behandelt § 361 den Fall des **eigentlichen Fixgeschäftes**, das abredegemäß von vornherein auf Leistung gerade zur festbestimmten Zeit gerichtet ist. Dies entsprechend dem bisherigen HGB. Art. 357, s. dazu Entscheidungen des RG. I S. 241 und die in den Kommentaren zitierte Praxis des Reichsoberhandelsgerichts. Beispiel: Ich miete eine Droschke für den nächsten Morgen 10 Uhr; eine Theaterloge zu einer bestimmten Vorstellung; ich bestelle ein Paar Stiefel, lieferbar genau binnen acht Tagen.

Nicht dahin gehört die allgemeine Abrede, daß „baldmöglichst" oder „umgehend" geliefert werden müsse. Auch die bloße Beifügung eines Leistungstermins macht den Vertrag noch nicht zu einem Fixgeschäft, es muß sich vielmehr aus dem Wortlaut oder dem erkennbaren Sinn ergeben, daß die pünktliche Einhaltung der Leistungszeit oder -frist ein wesentlicher Bestandteil der Leistung sein solle, RG. ZS. I vom 14. V. 1902 bei Gruchot 46 Nr. 58 S. 902.

S. auch wegen der mangels ausdrücklicher Abmachung für die Annahme eines Fixgeschäftes entscheidenden Kriterien die verschiedenen Kommentare zum HGB., für dessen Gebiet der Begriff viel wichtiger ist als für das allgemeine bürgerliche Recht.

So wird z. B. beim Termingeschäft in Spekulationspapieren in der Regel ein Fixgeschäft anzunehmen sein.

2. **Bedeutung**: Eine Zeitbestimmung im Sinne der Nr. 1 hat im Zweifel — es entscheidet darüber das mit dem konkreten Geschäft erkennbar verfolgte spezielle Interesse — die Bedeutung, daß die ausgemachte Zeit ein wesentliches Moment der Leistung bilden, und der Gläubiger bei Nichteinhaltung folgerecht, auch ohne das fortan mangelnde Interesse an der Leistung weiter beweisen zu müssen, zum Rücktritt befugt sein soll.

Aber das nur „im Zweifel"; Abweichungen sind nach verschiedenen Richtungen möglich:

a) Einerseits ist denkbar, daß trotz der fixierten Leistungszeit im festgestellten Sinne der Gläubiger nicht ohne weiteres, sondern nur unter den allgemeinen Voraussetzungen (§§ 286, 326) soll zurücktreten dürfen. Auch das wird sowohl durch besondere Abrede vereinbart werden, wie ohnedies aus den auf eine vermutliche derartige Willensrichtung hinweisenden Umständen entnommen werden können, s. z. B. den vom OLG. Celle bei Seuffert 56 Nr. 245 S. 444 behandelten Fall; der Vertragsgegenstand ist zum Dauergebrauch bestimmt, und behält auch trotz verspäteter Lieferung für den Gläubiger „erheblichen Wert" (eine freilich ziemlich vage und weitgehende Formulierung!).

Die Fixierung der Leistungszeit hat in solchen Fällen noch immer ihre Bedeutung: es wird dadurch scharf betont, daß pünktliche Leistung unbedingte Pflicht sei, deren Nichterfüllung ohne weiteres (s. § 284 Abs. 2) Ersatzpflicht und sonstige Verzugswirkungen mit sich bringt. Auch ein Verzicht auf dilatorische Einreden, eine Garantie für rechtzeitiges Leistungsvermögen (gegenüber § 285) mag darin u. U. zu finden sein, s. Crome S. 191 Anm. 2.

b) Möglicherweise, was aber zu beweisen ist, hat die Zeitbestimmung umgekehrt die weitere Bedeutung, daß eine spätere Leistung gar nicht mehr als Leistung anzusehen sei: so z. B. das Erbauen einer Schaubühne für eine Denkmalsenthüllung (Mot. S. 199), Bestellung eines Wagens zum Ball. Die Rechtzeitigkeit der Leistung ist dabei abredegemäß zur Bedingung der allein als vertragsgemäß gelten könnenden Leistung erhoben; so in dem Fall des OLG. Dresden, Rspr. VI S. 35. Alsdann tritt mit der Verspätung wahre Unmöglichkeit der Leistung ein: es bedarf keines Rücktrittes mehr, sondern die Folgen bestimmen sich nach §§ 275 ff, 323 ff.

3. **Eigentlicher Verzug** ist zum Eintritt des Rücktrittsrechtes nach § 361 **nicht** erfordert, wohl aber dann, wenn der Gläubiger statt dessen einen Schadensersatzanspruch geltend machen will (§§ 286, 326). Rücktritt und Interesseanspruch nebeneinander stehen dem Gläubiger überhaupt nicht zu.

4. **Zeit des Rücktrittes**: Der Rücktritt kann im allgemeinen natürlich erst zur Leistungszeit erfolgen; aber wenigstens dann auch schon eher, wenn und soweit sich bereits vorher bestimmt ergibt, daß die Erfüllung zur rechten Zeit nicht möglich sein werde, s. Mot. S. 200.

5. Wegen des Handelsrechts s. auch HGB. § 376 Abs. 1, wegen des Konkurses KO. § 18.

Dritter Abschnitt.

Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Erster Titel.

Erfüllung.

Vorbemerkung

(s. dazu Mot. S. 77—80).

1. **Allgemeines.** Alle Schuldverhältnisse sind, wenigstens im geltenden Rechte, ausnahmslos auf eine vorübergehende Zeitdauer berechnet; auch die auf einen

Dauerzustand berechneten, wie Miete und Dienstvertrag, können nicht als zeitlich unerschöpfliche begründet werden, s §§ 567, 624. Jedes Schuldverhältnis ist daher von Haus aus auf demnächstiges Erlöschen angelegt.

Unter den Erlöschungsgründen lassen sich zwei grundsätzlich verschiedene Gruppen aufstellen; die Beseitigung des Schuldverhältnisses beruht bald auf dem voluntaren, subjektiven Element des Parteiwillens, so besonders der Erlaß, nach der Ansicht mancher auch die Erfüllung (der dann folgerecht die sog. Erfüllungssurrogate, wie Hinterlegung, gleichzustellen wären); bald auf dem realen, objektiven Moment der Zweckerledigung, s. dazu trefflich Hartmann, Die Obligation, 1875, und neuestens die beachtenswerte Untersuchung von P. Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung, 1905. Es kommen dabei wieder in Betracht die Unterarten der Unmöglichkeit und der Erreichung des Zweckes (s. über das Verhältnis beider Klein S. 116): in beiden Fällen ist der Zweck weggefallen, also auch das Forderungsrecht als dazu dienendes bloßes Mittel. Zur ersten Unterart gehört die Unmöglichkeit der und das Unvermögen des Schuldners zur Leistung; zur zweiten der unten zu 2c zu besprechende Fall, aber wohl auch die Erfüllung nebst den ihr verwandten Erlöschungsgründen.

Nach Klein dagegen beruht ihre Wirkung auf dem Willen der Beteiligten (s. auch schon Dilloo, Die Quittung, Dissert. Berlin 1895); fehle freilich dieses Willensmoment, so könne immer noch der Gesichtspunkt der Zweckerledigung herangezogen werden (S. 116); s. über diese Lehre näheres bei § 362.

Auf der Zweckerreichung dürften ferner beruhen die Befreiung der andern Gesamtschuldner durch Leistung des einen, die des Hauptschuldners durch Leistung des Bürgen, Klein aaO. Wenn das Gesetz hier eine gesetzliche Zession anwendet, so ist das nach Klein logisch nicht erklärlich, sondern beruht allein auf rechtspolitischen Gesichtspunkten (aber ist es nicht möglich, anzunehmen, daß das Schuldverhältnis hier seinen Zweck überhaupt erst relativ, in der Person des Urgläubigers, erfüllt habe und daher auch nur in seiner Person untergegangen sei, wie es Hartmann seinerzeit ausführte, dagegen freilich Klein S. 99?). Auch in den Fällen des § 255 müßte nach Klein S. 139 streng logisch die Leistung des Ersatzpflichtigen den Drittschuldner befreien, und das Gesetz entscheidet nur aus rechtspolitischen Gründen anders.

Übrigens gibt das BGB. trotz der Überschrift im Grunde keine Bestimmungen über das Erlöschen der Schuldverhältnisse im Sinne der die Einzelansprüche erzeugenden Rechtsverhältnisse, sondern nur solche über das Erlöschen der Einzelansprüche selbst. Wieweit man sie auf das Erlöschen der ersteren mitbeziehen könne und welche Erlöschungsgründe daneben etwa für sie gelten, ist noch wenig untersucht, s. die Bemerkungen von Klein, Österr. Richterztg. **04** 161—2.

2. Von den einzelnen **Erlöschungsgründen** behandelt das BGB. in diesem Abschnitt: die Erfüllung (Zahlung), §§ 362/3, 366/71; die Hingabe an Erfüllungsstatt, §§ 364/5; die Hinterlegung, §§ 372/86; die Aufrechnung, §§ 387/96; den Erlaß, § 397.

Nicht an dieser Stelle werden behandelt:

a) die **Unmöglichkeit der Leistung**; ihre Wirkungen ergeben sich aus §§ 275 ff.

b) **der Tod des Gläubigers oder Schuldners.** Er bewirkt das Erlöschen des Verhältnisses nicht allgemein, sondern nur bei den sog. höchstpersönlichen Schuldverhältnissen. Sie liegen nur vor, sei es auf der einen oder anderen Seite oder auch auf beiden, in drei Fällen:

α) kraft gesetzlicher Bestimmung, so § 673, 727;

β) kraft besonderer Parteiabrede, angedeutet in § 672;

γ) kraft des erkennbaren Zweckes des konkreten Verhältnisses, bezw. der Natur der Leistung: Erteilung von Unterricht, Anfertigung eines Portraits.

Das war in E. I § 292 besonders ausgesprochen (s. dazu Mot. S. 117); die Bestimmung ist aber später als selbstverständlich gestrichen, Prot. S. 377.

c) die **confusio**, so besonders der gleichfalls als entbehrlich gestrichene § 291 E. I, Prot. S. 376; ihre Wirkung ergibt sich übrigens auch aus §§ 425, 429, 2143, 2175, 2377. S. darüber die Spezialarbeiten von Schwedler, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit nach bürgerlichem Recht, 1897, P. Kretschmar, Die Theorie der Konfusion, 1899, Sachs, Wirkungen der Konfusion, 1901.

S. über den streitigen Rechtsgrund der Konfusionswirkung die Angaben bei Kuhlenbeck-Staudinger Vorbem. II. M. E. ist er einfach in der Zweckerreichung zu sehen, so auch Klein aaO., anders Kuhlenbeck, der ihn rein logisch erklärt wissen will.

3. Andere gemeinrechtliche Beendigungsgründe werden im BGB. überhaupt **nicht mehr als solche anerkannt:**

a) die **Novation**, s. Mot. S. 78/9 und die dort sowie bei Windscheid II, § 353 mitgeteilte Literatur, s. als neueste Arbeiten Rud. Merkel, Der römisch-rechtliche Begriff der novatio und dessen Anwendbarkeit im heutigen Gemeinen Recht, Dissertation, 1893, sowie W. v. Blume, Novation, Delegation, Schuldübernahme, 1895. Sie ist, soweit neue Personen eintreten sollen, wesentlich überholt durch die moderne Ausbildung von Zession und Schuldübernahme; soweit es sich um Abreden zwischen den bisherigen Beteiligten handelt, läßt sich die Leistungspflicht heute unter Wahrung der Identität des alten Verhältnisses durch besondere Abrede verändern. Wird aber über die bestehende Schuld durch Wechsel, Schuldversprechen usw. ein neuer abstrakter Verpflichtungsakt aufgenommen, so tritt dieser im Zweifel accessorisch neben die alte Schuld, statt sie novatorisch zu beseitigen. Soll aber letzteres eintreten, so wird der Gesichtspunkt der Hingabe an Zahlungsstatt dem Interesse der Parteien vielfach am nächsten liegen, s. auch § 364 Abs. 2.

Denkbar ist es aber trotz alledem auch in Zukunft, daß die Parteien im neuen Versprechen einen Schuldumwandlungsakt nach Art der alten Novation vollziehen wollen (so auch RG. 18. V. 1903, JW. Bd. 32, Beil. S. 96); sie können das tun, indem sie die zwei Akte des Erlasses der alten (§ 397) und des abstrakten Versprechens (§ 780) der neuen Schuld in eine kausale Verknüpfung bringen. Für die weitere Beurteilung eines solchen Doppelaktes kommt es dann natürlich auf den erkennbaren Parteiwillen an, es können aber daneben auch hier die römischen Sätze schätzenswertes Material geben.

Entsprechend kann beim Wechsel der Subjekte eine Delegation nach römischer Art in der Absicht liegen, s. auch §§ 780 ff. und Bem. dazu.

b) der **contrarius consensus, Aufhebungsvertrag.** S. dazu J. Demelius, Zur Lehre von der Aufhebung der Schuldverhältnisse, Diss. Erlangen 1902. Die herrschende Lehre sieht darin keine besondere Rechtsfigur mehr, sondern einen Erlaß oder, beim gegenseitigen Vertrag, zwei Erlaßverträge, die durch das Kausalverhältnis miteinander verbunden sind und dadurch die Qualität zweier Seiten eines gegenseitigen Vertragsverhältnisses erhalten, Mot. S. 79. Dagegen aber Demelius; er scheidet mit Recht zwischen direkter und indirekter Aufhebung der Schuldverhältnisse, je nachdem das Schuldverhältnis (der Anspruch) selbst oder sein Entstehungsgrund, die causa beseitigt wird. Letzterenfalls wird das Schuldverhältnis natürlich auch mit vernichtet, aber nur mittelbar, durch Wegfall seiner Grundlage. So beim Rücktritt, bei der auflösenden Bedingung, der Anfechtung, dem Widerruf sowie besonders beim contrarius consensus, der sich somit scharf vom Erlaß der einzelnen Ansprüche unterscheidet. Jener ist daher auch beim gegenseitigen Vertrage einheitlich, besteht nicht etwa aus zwei getrennten „Erlassen" der beiderseitigen Ansprüche Er ist möglich m. E. nicht nur vor vollzogener Erfüllung, sondern auch nachher (anders natürlich die Erlaßtheorie, da ein nicht mehr bestehendes Schuldverhältnis nicht aufgehoben werden kann), da nicht einzusehen ist, wieso nicht auch ein erfüllter Vertrag noch aufgehoben werden könne, beim Rücktritt diese Möglichkeit auch fast allgemein zugegeben wird. Alsdann verlieren die vollzogenen Leistungen ihren Rechtsgrund und können nach §§ 812 ff. zurückgefordert werden.

c) **concursus duarum lucrativarum causarum** (s. darüber vorzüglich Hartmann, Die Obligation, S. 1 ff.). Auch hier können wir ohne besondere Vorschriften zu einem dem gemeinrechtlichen entsprechenden Resultate gelangen:

α) es kann sich die alte Leistung als unmöglich herausstellen, dann greifen die Vorschriften der §§ 275 ff. Platz;

β) es kann sich auch die Aufhebung des Schuldverhältnisses für den nun eingetretenen Fall aus dem Parteiwillen oder dem erkennbaren Zweck, dem das Schuldverhältnis dienen sollte, ergeben.

Dieser Gesichtspunkt der Zweckerledigung, auf den zuerst Hartmann aaO. die Erklärung unseres Erlöschungsgrundes aufgebaut hat, ist sogar der einzige, mit dem sich ohne Fiktionen und Willkürlichkeiten in allen dahin gehörigen Fällen auskommen

läßt. So auch Klein S. 182, im Grunde auch Isay, concursus duarum lucrativarum causarum, Erlanger Dissert. von 1895, der nur dagegen protestiert, daß die Obligation mit Wegfall des Gläubigerinteresses wegfalle; sie erlösche vielmehr nur mit Wegfall des Interesses, dem sie selbst zu dienen berufen ist.

Ein Erlöschen des Schuldverhältnisses nur wegen **Wegfall des subjektiven Gläubigerinteresses** ist in der Tat höchst problematisch und wohl eher zu verwerfen, dagegen außer Isay auch Krückmann, ArchZivPrax. **90** 88ff., dafür Dernburg, Band. II § 68 Nr. 4 (Gem. Recht). Seine Lehre hat Krückmann für das frühere Recht widerlegt; für das neue ist sie ebensowenig erweislich, im Gegenteil ergibt die dem Gläubiger für gewisse Fälle (s. §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 2, 325 Abs. 1 S. 2, 326 Abs. 2) bei Wegfall seines Interesses an der Leistung oder Vertragserfüllung besonders gewährte Rücktrittsmöglichkeit, daß das Schuldverhältnis mit dem subjektiven Gläubigerinteresse keineswegs allgemein und ohne weiteres weggefallen ist.

d) Kein selbständiger Erlöschungsgrund ist es, wenn das Schuldverhältnis in eine Lage gerät, in der es anfänglich nicht hätte entstehen können. Die angebliche Regel ea quae recte constiterunt resolvi, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere ist, wie Hellmann (ArchZivPrax. **90** 363ff.) treffend dargelegt hat, nur die Kehrseite der anderen Regel, daß das Schuldverhältnis durch Unmöglichkeit der Erfüllung aufgehoben werde.

4. **Kann das einmal erloschene Schuldverhältnis wieder nachträglich ins Leben gerufen werden?** Dafür besonders Kipp bei Windscheid I § 47 Anm. 1 a. E. Kaum mit Recht: freilich kann auf eine etwaige Einrede verzichtet werden, aber die „Einrede der Zahlung" ist keine wahre Einrede, sondern Einwendung. War das alte Schuldverhältnis einmal endgültig (also nicht in anfechtbarer oder nur bedingter Weise) erloschen, so können die Parteien zwar ein neues begründen mit genau dem gleichen Inhalt, sie können auch vereinbaren, sich genau so zu behandeln, wie wenn das alte Schuldverhältnis noch vorhanden wäre. Aber diese Gleichheit des Inhalts ist keine Identität. Darum werden auch dritte (z. B. Bürgen) von solchen wiederherstellenden Abreden nicht betroffen. So auch Appel, Erlöschen und Wiederaufleben von Forderungen, Dissert. Erlangen 1903, S. 47; Dernburg § 112, II, Planck zu § 366 Nr. 2 Abs. 2.

Eine praktische Folge ist die: zahlt ein mehrfacher Schuldner ohne besondere Anrechnungsbestimmung eine nicht für alle Posten ausreichende Summe, so kann eine nachträgliche Vereinbarung nicht mehr bewirken, an Stelle der nach den gesetzlichen Regeln des § 366 einmal eingetretenen Anrechnung eine andere zu setzen, so auch RG. JS. I Bd. 29 Nr. 29 S. 110.

Bedenklich möchte allerdings erscheinen, daß der Wiederherstellungsvertrag in dem hier allein anerkannten Sinne die alte causa nicht erneuern kann, andererseits einer neuen selbständigen causa zu entbehren und deshalb bestenfalls als abstraktes Schuldversprechen im Sinne der §§ 780,81, also unter Wahrung der Schriftform, gültig zu sein scheint. Aber dagegen ist zu bemerken: geschieht die Wiederherstellung entgeltlich, z. B. der frühere Schuldner nimmt das gegebene Leistungsobjekt zurück und verspricht dafür von neuem die alte Leistung (X, der Y ein Pferd schuldete, liefert ihm die Stute Bellona; Y ersucht ihn nach einigen Tagen um Rücknahme, da ihm die Bellona zu wild sei, und X geht darauf ein), so liegt darin je nachdem ein Tausch-, Kauf- oder ein besonderer Innominatvertrag (die Bellona wird umgetauscht gegen ein anderes, gattungsmäßig bestimmtes Pferd); geschieht sie unentgeltlich, so ist das ein, natürlich der Form des § 518 unterliegendes, Schenkungsversprechen.

§ 362.

Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird.

Wird an einen Dritten zum Zwecke der Erfüllung geleistet, so finden die Vorschriften des § 185 Anwendung.

E. I 263, 266, E. II 311, RV. 356. — Mot. S. 80—2, 84—5, Prot. S. 333, 334.

Literatur: Gruchot, Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld, 1871. Zum neuen Recht die Dissertationen von Ihrcke, Rostock 1903, P. Klein („Natur der causa solvendi"), Bonn 1903, Havenstein, Erlangen 1904.

1. Der normalste Tilgungsgrund des Schuldverhältnisses ist die **Zahlung** (solutio), oder wie sie das BGB. an Stelle dieses nur für den besonderen Fall der Geldleistung üblichen Ausdruckes nennt, **Erfüllung** (so auch Landrecht I, 16, §§ 10, 149). Sie wirkt ipso iure und tilgt die Schuld mit allen Nebenrechten.

2. Die Erfüllung muß, um zu wirken, sich gerade auf die **geschuldete Leistung** beziehen, auch **vollständig und am rechten Orte** erfolgen, andernfalls braucht der Gläubiger sie nicht als Erfüllung anzunehmen und kann, wenn er es getan, noch den Rest sowie das accessorische Interesse an korrekter Leistung fordern.

3. a) Die Erfüllung braucht, gemäß § 267, nicht immer vom Schuldner auszugehen, wohl aber muß sie im allgemeinen an den **Gläubiger** erfolgen — s. Abs. 1 — oder an den im **Vertrage bestimmten dritten:** Fall des sogen. **solutionis causa adiectus.** Dieser in den römischen Quellen öfters behandelte Fall (s. Windscheid II § 342 Anm. 34) kommt auch derzeit nicht selten vor; so wird man mit Hellwig die sog. ermächtigenden Verträge auf Leistung an dritte (Vorbem. vor § 328) damit in Zusammenhang zu bringen haben. Vom Fall der Inkassovollmacht (s. unten b) unterscheidet sich der hier besprochene besonders dadurch, daß der Gläubiger die Bestellung des dritten nicht einseitig widerrufen kann, ebensowenig wie den Vertrag selbst — der Schuldner hat ein festes Recht auf Leistung an den dritten, dieser ist die vertragsmäßige Zahlstelle, s. auch Crome S. 236.

Möglich ist daneben auch die Bezeichnung einer Zahlstelle (z. B. einer Bank) durch den Gläubiger, ohne daß der Schuldner auf ihre Benutzung ein festes Recht erwerben soll, sodaß dem Gläubiger das Recht jederzeitigen Widerrufs seiner Erklärung offen bleibt, s. den Fall bei Seuffert 59 Nr. 1 S. 1.

b) Jedoch soll auch die **Zahlung an einen sonstigen dritten** laut Abs. 2 nicht stets wirkungslos sein; sie bewirkt Befreiung:

α) wenn jener ein — gewillkürter oder gesetzlicher — Vertreter des Gläubigers ist namentlich also auch ein Inkassomandatar. Das Recht eines solchen dauert an sich solange, als die Vollmacht nicht widerrufen ist, s. auch §§ 169 ff. Beruht aber die Bestellung darauf, daß der Gläubiger bei der zum Inkasso ermächtigten Bank ein Konto besaß, und ist dieses in einer dem Schuldner bekannt gewordenen Weise aufgehoben, so verstößt er gegen Treu und Glauben, wenn er vor formellem Widerruf der Vollmacht noch an die Bank zahlt, s. auch den allerdings besonders gearteten Fall bei Seuffert 59 Nr. 1 S. 1.

Ob die Anweisung unter den Gesichtspunkt der Inkassovollmacht gehöre, ist zweifelhaft, s. Bem. zu § 783.

β) wenn er durch ein Recht an der Forderung (Pfandrecht, Nießbrauch) — s. BGB. §§ 1074, 1077, 1281/2 — oder gerichtliche Verfügung dazu legitimiert ist (Pfändung und Überweisung von Forderungen, ZPO. § 835).

γ) unter Umständen bewirkt Leistung an den Zedenten trotz geschehener Zession, an den zweiten Zessionar trotz der vorgehenden ersten die Befreiung, s. §§ 407, 408, entsprechend anwendbar im Falle des § 1473.

Ferner wird der Aussteller bei Inhaber- und Legitimationspapieren durch Leistung an den Präsentanten selbst dann befreit, wenn diese nicht die wahren Berechtigten sind, §§ 793 Abs. 1 S. 2, 808 Abs. 1 S. 1; der Erbschaftsschuldner durch Leistung an den im Erbschein Bezeichneten, wenn dieser nicht wahrer Erbe ist, § 2367. S. ferner § 370 und Bem. dazu.

In allen Fällen zu c) wirkt also die Leistung an den Nichtberechtigten oder nur hypothetisch Berechtigten kraft gesetzlicher Sondervorschrift wie eine solche an den Berechtigten.

δ) im übrigen nach den Regeln von § 185; also bei Einwilligung, Genehmigung oder Beerbung.

c) **Leistung an den Gläubiger des Gläubigers** wirkt als solche nicht; jedoch kann der Zahlende damit möglicherweise einen Regreßanspruch erlangen (z. B. aus der Geschäftsführung) und diesen dann zur Aufrechnung verwenden.

d) Wie möglicherweise Leistung an den Nichtgläubiger wirksam ist, so kann es Fälle geben, wo an den Gläubiger aus Rechtsgründen nicht wirksam geleistet werden kann, sondern entweder nur an einen andern — so im Konkurse an den Verwalter, s. KO. §§ 6ff. — oder nur an den Gläubiger in Gemeinschaft mit einem Drittberechtigten, so meist in den Fällen oben bβ.

4. **Rechtscharakter der Erfüllung.**

a) Die Natur des Erfüllungsaktes ist sehr bestritten und schwierig:

α) Nach einigen ist sie immer, als solche, ein Vertrag, so Klein aaO. S. 45/6, Endemann S. 795. Sie erfordert also Willensübereinstimmung beider Teile; wo diese nicht vorliegt, nicht nötig ist, liegt nach Klein keine wahre Erfüllung vor, so nicht, wenn der verursachte Schaden ohne Mitwirkung des Gläubigers durch Naturalherstellung (§ 249) ersetzt wird — hier ist die Schuld durch Zweckerfüllung erloschen (SächsArch. **14** 314ff.).

β) Die Erfüllung soll zwar nicht notwendig Vertrag sein, aber doch stets Rechtsgeschäft, indem sie stets in der Absicht der Schuldtilgung vorgenommen werden muß: Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften über Rechtsgeschäfte, S. 40—6, Matthiaß S. 415—6, Rosenberg, Iherings Jahrb. **43** 211ff. Ähnlich auch Havenstein: die Erfüllung ist nach ihm sogar nie Vertrag — der sie möglicherweise begleitende Vertrag ist nur der dingliche Leistungsvertrag, neben dem es nicht noch einen besonderen Erfüllungsvertrag geben kann (S. 24, 30), aber stets Rechtsgeschäft, indem beim Leistenden immer eine spezifische Erfüllungsabsicht erfordert wird, S. 18.

γ) Der Vertrag ist zwar ein mögliches, vielleicht das häufigste Mittel der Erfüllung, sie ist aber an sich kein Vertrag, sondern kann sich auch vielfach in bloß tatsächlichen Handlungen vollziehen, sobald der spezifische Schuldzweck auch durch solche erreicht werden kann. So im wesentlichen Breit, Geschäftsfähigkeit, S. 227—8, Crome S. 233, Dernburg § 113, II, Enneccerus, Ihrcke S. 68, Landsberg S. 355—7, Schollmeyer S. 276 (herrschende Lehre).

b) **Kritik.**

α) Von diesen Theorien ist zunächst die Vertragstheorie abzulehnen. Sie wird widerlegt durch die zahlreichen Möglichkeiten einer Leistung ohne Mitwirkung einer dritten Person oder doch des Gläubigers, s. die Beispiele unten zu Nr. 5a—b. Wenn Endemann sich auf § 516 beruft, wo die Annahme fingiert werde, damit eine Schenkung zustande kommen könne, so schlägt die Analogie nicht durch: es handelt sich dabei nicht um Lösung, sondern um Knüpfung eines Kausalverhältnisses, und zudem nur um einen besonderen Fall, keineswegs um die Aufstellung des Grundsatzes, daß zu solcher Knüpfung stets Willensübereinstimmung nötig sei.

Klein gibt das Gesagte zu: Die Leistung kann einseitig sein; das notwendig vertragsmäßige Element liegt aber in der hinzukommenden notwendig zweiseitigen Zwecksetzung (causa solvendi), wie sich u. a. aus § 363 ergeben soll. Aber die Aufstellung dieses Erfordernisses ist petitio principii; § 362 Abs. 1 läßt die Bewirkung der Leistung genügen, ohne weitere Erfordernisse für die Schuldtilgung beizufügen, und § 366 Abs. 2 enthält einen sich keineswegs als eine Ausnahme vom Prinzip einführenden Fall, wo die reale Leistung ohne jede besondere Zwecksetzung den Tilgungseffekt hervorruft. Die Behandlung zahlreicher Erfüllungsfälle macht Klein Schwierigkeiten, die er nicht ohne erzwungene, fernliegende Unterstellungen lösen kann: so muß er den tilgenden Charakter einer Leistung an Minderjährige dadurch zu retten versuchen, daß er bereits bei Eingehen des Schuldverhältnisses eine auf die Annahme der causa-Offerte gerichtete Willenserklärung des gesetzlichen Vertreters unterstellt (S. 61)! S. gegen Klein auch Oertmann ArchBürgR. **22** 51.

β) Das zuletzt Gesagte gilt auch gegen die Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts. Auch von einem solchen neben dem Leistungsakt redet § 362 nicht, und § 366 Abs. 2 läßt wieder die Tilgungswirkung auch ohne einen Tilgungswillen in Bezug auf die getilgte Forderung eintreten. Die Notwendigkeit eines besonderen Tilgungswillens macht unüberwindliche Schwierigkeiten in den Fällen, wo ein geschäftsunfähiger Schuldner die Leistung vollzieht: z. B. ein Virtuose vollzieht die versprochene Mitwirkung bei einer Vorstellung, einem Konzert im Opiumrausch oder nach Entmündigung wegen Größenwahns, ein vom religiösen Wahn ergriffener Schuster bessert meine

Stiefel aus. Hier die befreiende Kraft der Leistung in Frage zu stellen, wäre eine undiskutable Annahme.

γ) Aber auch die herrschende Theorie erweckt Bedenken. Sie vermischt, wie Havenstein treffend darlegt, den bei den „vertragsmäßigen" Erfüllungsfällen in Wahrheit allein vorhandenen dinglichen Vertrag mit einem nicht vorhandenen liberatorischen. Allerdings bedarf es zur Rechtfertigung der Erfüllungsleistung der sogen. causa solvendi: aber dies nicht im Sinne eines besonderen Erfüllungsvertrages, sondern nur im Sinne eines objektiven Leistungszweckes; fehlt dieser, so ist Bereicherungsanspruch (condictio indebiti) gegeben, aber nicht auch dann, wenn bei objektivem Vorhandensein der Schuld nur die subjektive Willensübereinstimmung über die Erfüllung gemangelt hat, s. auch Lenel in Iherings Jahrb. 19 229—30, anders v. Tuhr daselbst 48 6 Anm. 9: will der Gläubiger das ihm als Erfüllung Angebotene nicht als solche gelten lassen, so gerät er in Annahmeverzug, aber die Schuld wird nicht getilgt, sowie Klein S. 11, Planck Nr. 2c. Aber das dürfte auf einer Verwechslung zwischen dem dinglichen und dem persönlichen Effekt beruhen: will der Gläubiger überhaupt kein Eigentum erwerben, so hindert er das Zustandekommen der Leistung, folglich auch das der dadurch zu vermittelnden Schuldtilgung; nimmt er aber das Eigentum an, so kann er nicht wirksam erklären, es auf eine andere causa hin, etwa zur Schenkung oder zur Tilgung einer anderen Schuld, erwerben zu wollen, so deutlich § 366 Abs. 1. Das Gegenteil wäre eine durchaus unstatthafte protestatio facto contraria. Wäre eine causa solvendi im Sinne eines Tilgungsvertrages notwendig, so ließe sich nicht einsehen, warum sie gerade nur zu den vertragsmäßigen Leistungsakten hinzutreten müßte und nicht auch zu den einseitigen. Und zwischen wem sollte jener abgeschlossen sein, wenn an einen Nichtgläubiger, z. B. einen solutionis causa adiectus, wirksam geleistet ist: er kann ihn nicht im eigenen Namen abschließen, weil er nicht Gläubiger, nicht im Namen des Gläubigers, weil er nicht oder doch nicht notwendig dessen Bevollmächtigter ist, sondern — man denke an den „ermächtigenden" Vertrag zu Gunsten eines dritten — vielfach im eigenen Namen und eigenen Interesse die Leistung in Empfang nehmen wird.

Somit beruht die Erfüllungswirkung als solche niemals auf einem Willenselement, sondern auf der realen Tatsache der Zweckerledigung durch den Leistungsakt. Nur unter den Leistungsakten kann man vertragsmäßige und einseitige sondern. Die herrschende Lehre hat Recht mit ihrer Unterscheidung zwischen beiden, aber Unrecht, indem sie deshalb die Erfüllung selbst verschieden auffaßt, statt die Scheidung auf die zur Erledigung des Schuldzweckes dienenden Mittel zu beschränken, die „Erfüllungshandlungen".

Zuzugeben ist übrigens nur, daß die zur Wirksamkeit nötige Bedeutung der Leistung als Erfüllungshandlung für ein bestimmtes Schuldverhältnis vielfach nur durch besondere Erklärung geschehen kann, insoweit man dem Leistungsakt nicht immer die Beziehung auf eine bestimmte Schuld ansieht. Mangels solcher wird alsdann keine Wirkung erzielt, soweit nicht das Gesetz vorsorglich selbst eine ergänzende Individualisierung vornimmt, wie in § 366 Abs. 2. Umgekehrt kann auch durch Parteierklärung die sonst in der Leistung zu findende Beziehung auf eine bestimmte Schuld durch Protestation ausgeschlossen werden. Das ist auch dann anzunehmen, wenn jemand das aus dem einen Grunde geschuldete Objekt, sei es in Kenntnis oder Unkenntnis dieses Grundes, auf einen anderen Schuldgrund oder schenkungshalber leistet. Durch die Zufügung dieser anderweitigen Zweckbestimmung wird die Leistung ihres Charakters als Erfüllungshandlung für das eine Schuldverhältnis entkleidet, z. B. ich mache einem andern die ihm geschuldete Vase in Unkenntnis meiner Schuld zum Geschenk. Darin liegt niemals eine Erfüllung der vorhandenen Schuld, da diese nicht alle Fälle der Zweckerledigung, sondern nur Zweckerledigung durch Erfüllungshandlungen umfaßt, also eine Beziehung der Leistung auf die zu tilgende Schuld verlangt. Ist ohne solche der spezifische Schuldzweck durch die Leistung erreicht, was Tatfrage ist, so kann in dem unterstellten Fall Schuldtilgung wegen Zweckerledigung, concursus duarum lucrativarum causarum (s. Vorbem. 3c), angenommen werden, aber nicht Erfüllung.

Soweit nach dem Gesagten zur Leistung noch ein weiteres Willensmoment hinzukommen muß, um dieser den Charakter der Erfüllungshandlung für eine bestimmte Schuld zu geben, ist es immer nur einseitig, nie vertragsmäßig (anders wohl Klein S. 16) — auf den Willen des Gläubigers, die Leistung gerade zur Erfüllung der

vom Schuldner bezeichneten verwenden zu wollen, kommt, soweit er die Leistung als solche annimmt, nichts an, s. § 366 Abs. 1. Es könnte also nur ein einseitiges Erfüllungsgeschäft im Sinne der Lehre zu β) angenommen werden. Aber gegen seine Annahme spricht gleichfalls entscheidend, daß die Bestimmung des Schuldners nichts ist, als eines der möglichen Mittel, die Richtung des Leistungsaktes zu bestimmen, daß sie also im Grunde nur deklarative Bedeutung hat. Von einem besonderen rechtsgeschäftlichen Willen braucht dabei nicht die Rede zu sein, und auch eine Geschäftsfähigkeit des Schuldners ist schwerlich schlechthin zu erfordern.

5. Was die **persönlichen Voraussetzungen des Zahlungsaktes** in der Person der Beteiligten anlangt, so bestimmt das BGB. darüber nichts:

a) ob der **Schuldner** geschäftsfähig sein müsse, überlassen die Mot. S. 81 der Wissenschaft zu bestimmen. Nun ist — s. Näheres Nr. 4 — nicht jede Erfüllungshandlung ein Rechtsgeschäft, zu dem persönliche Voraussetzungen nötig wären, sondern nur diejenige, die eine Disposition über Rechtsgüter enthält. Also nicht die Vornahme einer realen Handlung, z. B. Erteilung von Unterricht, Ausführung einer Besorgung, wohl aber Übertragung von Sachen, Versprechen, Erlaß. Für erstere Klasse wird eine besondere persönliche Fähigkeit nicht verlangt werden können, wohl aber m. E. für letztere soweit, als für den besonderen Übertragungs- oder Verpflichtungsakt Geschäftsfähigkeit nach den Regeln des Allgemeinen Teils erfordert ist. So auch Crome S. 233.

Das entspricht dem GR. (s. l. 14 § 8 D. 46,3) und muß für das BGB. mangels besonderer Bestimmung aus dem Charakter dieser Art Erfüllungshandlungen als Willenserklärungen gefolgert werden. Anderer Ansicht Meisner Nr. 2 unter Berufung auf das Landrecht, und im Grunde auch die Motive. Ihnen ist zuzugeben, daß schon das Röm. Recht der Rückforderungsklage des Unfähigen dann eine exceptio doli entgegensetzte, wenn er nur das geleistet hatte, was er zu leisten schuldig war, und daß Entsprechendes auch nach BGB. §§ 226, 242 anzunehmen sein wird.

b) Auch ob der **Gläubiger** geschäftsfähig sein müsse, läßt sich nicht allgemein sagen. Vollzieht sich die Erfüllung durch das Mittel einer ihm gegenüber vorzunehmenden geschäftlichen Erfüllungshandlung, so ist die Frage an sich zu bejahen. Denn jene soll seinen bisherigen Anspruch tilgen, ihm also nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen, § 107.

Es kann indes kommen, daß der reale Zweck des Schuldverhältnisses auch durch Entgegennahme der Leistung seitens eines Geschäftsunfähigen erzielt wird: Der Hauslehrer unterrichtet den minderjährigen Zögling, der Arzt behandelt den geisteskranken Patienten, die Theaterdirektion veranstaltet eine Kindervorstellung und leistet dadurch wirksam ihren geschäftsbeschränkten „Gläubigern“. Das gilt überall, wo nicht sowohl dem Gläubiger ein selbständiges Gut verschafft, als vielmehr eine seiner Person unmittelbar zugute kommende Leistung vollzogen werden soll.

Ferner sind Fälle anzuerkennen, in denen das Forderungsrecht nur auf eine einseitige Leistung des Schuldners geht, ohne daß es dabei irgend einer Tätigkeit des Gläubigers bedürfte. Auf die Möglichkeit solcher Fälle weist das BGB. selbst in §§ 640, 646 hin. Ferner bei Unterlassungen, auch bei Leistungen an dritte, § 335, bei Ausführung eines Auftrages, bei zahlreichen Dienstleistungen. In anderen Fällen ferner ist die Leistung nur von einer Mitwirkung des Gläubigers im Sinne eines tatsächlichen Verhaltens (z. B. Abholen einer Sache, Öffnen eines Gelasses zur Vornahme einer Reparatur, s. § 295) abhängig, während sie sich übrigens einseitig vollzieht: dann ist die Wirksamkeit jenes Verhaltens natürlich nicht bedingt durch Geschäftsfähigkeit des Handelnden.

Aber auch von alledem abgesehen kann durch die einem Geschäftsunfähigen gemachte Leistung der Zweck des Schuldverhältnisses erfüllt werden: z. B. der Gläubiger wird durch den Empfang der geleisteten Geldstücke bereichert, indem er sie behält oder damit andere Ausgaben bestreitet. Die Römer gewährten in solchen Fällen dem Schuldner eine exceptio doli; wir werden weitergehend eine direkte Befreiung eintreten lassen können, freilich nicht aus dem Gesichtspunkt der Zahlung, sondern dem der realen Erledigung des Obligationszweckes ohne eine — weil hier als solche ungültige — Erfüllungshandlung. Hat vollends der Gläubiger den Schuldner über seine Geschäftsfähigkeit getäuscht oder geflissentlich im Unklaren gelassen, so wird er ohne Rücksicht auf vorhandene Bereicherung schon nach dem Prinzip von Treu und Glauben keine weitere Leistung fordern können (§ 242). Will man soweit nicht gehen, so erzielt man

im wesentlichen dasselbe Endergebnis durch den Hinweis auf die dem Schuldner zustehende Aufrechnung mit dem ihm auch gegen einen geschäftsbeschränkten Gläubiger möglicherweise (f. §§ 827 ff.) erwachsenden Schadensersatzanspruch von gleicher Höhe.

6. Ein praktisch und theoretisch wichtiger Fall ist die **Zahlung mit Vorbehalt**, f. darüber neuestens Stölzel, Schulung f. d. zivilistische Praxis II S. 97 ff., Martinius bei Gruchot **47** 760 ff., C. Liebknecht, Vorbehaltsbezahlung und Eventualaufrechnung, 1899, S. 1—104. Sie ist eine wahre Zahlung, die nur des im allgemeinen darin liegenden Momentes der Anerkennung entbehrt oder, wie manche konstruieren, unter der auflösenden Bedingung steht, daß die Schuld sich als nicht vorhanden herausstelle. Der Gläubiger muß sie nach Stölzel annehmen, da sie eine durchaus reale Leistung begründe, und kann dann nur noch auf das bisher fehlende Moment der Schuldanerkennung oder auf Feststellung des Nichtbestehens eines Bereicherungsanspruches klagen, S. 102. Ähnlich Endemann S. 797, weil der Gläubiger habe, was ihm gebühre. Dagegen aber mit guten, m. E. durchschlagenden Gründen Liebknecht S. 66 ff., da die ohne Schuldanerkennung vollzogene Übereignung solange des rechtfertigenden Grundes entbehre, bis das Bestehen bezw. Bestandenhaben der Schuld, auf die gezahlt sei, nachgewiesen sei. Den Interessen des Empfängers, dem dafür die Beweislast obliegt, kann eine solche Zahlung nicht frommen; sie verschafft ihm materiell nicht das, worauf er „verkehrsüblich" (Dernburg) Anspruch hat. Gegen die Annahmepflicht auch Enneccerus S. 504, Dernburg § 113, IV, Eccius bei Gruchot **42** 30, Isay, Willenserklärung S. 70, 75 (mit Ausnahmen), Matthiaß S. 417, Planck Nr. 3 (anders, wenn der Vorbehalt nur einen Hinweis auf die etwa mögliche Kondiktion enthält). Für sie spricht auch nicht die oben verfochtene Theorie der Erfüllung (Nr. 4). Denn die Vorbehaltszahlung soll nach der Absicht des Leistenden jedenfalls eine Wirkung ausschließen, die das Gesetz als Normalwirkung jeder wie immer sonst beschaffenen Erfüllungshandlung ansieht: die Beschränkung der Rückforderung auf den Fall eines zu erweisenden Mangels der causa, §§ 812 ff. Wer diese ausschließt, will dem Gläubiger weniger verschaffen, als ihm das Gesetz als Folge der Erfüllungshandlung zukommen lassen will, und darauf braucht der Gläubiger, der eben auf Erfüllung mit allen ihren Wirkungen ein Recht hat, nicht einzugehen. Außerdem kommt sie in der Regel nur bei vertragsmäßigen Erfüllungshandlungen vor, mit denen, vom Vorbehalt abgesehen, meist eine Schuldanerkennung als verbunden unterstellt werden darf.

Das trifft auch selbst nach dem Prozeßbeginn zu; anders ist es nur bei einer unfreiwilligen Vorbehaltszahlung, Liebknecht S. 80: denn hier wahrt der Vorbehalt nur die gleichen Rechte, die dem Schuldner bei erfolgter zwangsweiser Beitreibung zustehen würden.

7. Wegen der Möglichkeit eines Wiederauflebens der Schuld nach Erfüllung f. Vorbem. Nr. 3.

§ 363.

Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen ist.

E. I 367, E. II 312; RV. 357. — Mot. S. 204—5, Prot. S. 636—7.

1. § 363 handelt von der sog. **exceptio non rite adimpleti contractus** im Gegensatz zur exceptio non adimpleti contractus, f. § 320 und Bem. dazu. Jene setzt voraus, daß der Gläubiger die Leistung angenommen hat; andernfalls liegt diese vor. Die Tatsache der vollzogenen Übergabe für sich ist noch keine Annahme (so auch RG. Bd. 4 Nr. 57 S. 195, Prot. S. 637); auch Annahme zwecks „demnächstiger" oder „baldmöglichster" Prüfung (f. OLG. Colmar, Recht **04** 630) oder wegen Untunlichkeit sofortiger Rückgabe genügt nicht, es wird vielmehr Annahme als Erfüllung erfordert. S. über diesen Begriff Fr. Leonhard, Beweislast S. 374 sowie G. Rümelin, Dienst- und Werkvertrag S. 220 ff.: entweder ausdrückliche Erklärung der Annahme, oder ein bewußtes äußeres Verhalten, aus dem nach der Anschauung des Geschäftslebens auf Billigung geschlossen werden kann. Sie kann sich

somit nicht nur ausdrücklich vollziehen, sondern auch stillschweigend: durch Nichtrücksendung, Ingebrauchnahme usw., Dinge, aus denen unter Umständen auch darüber hinaus ein Verzicht auf die Mängelrüge schlechthin gefolgert werden kann, was aber nicht zu unterstellen ist und Kenntnis des Sachverhaltes voraussetzt. Eine besondere, ausdrückliche „Annahme ohne Vorbehalt" ist für den Eintritt des § 363 nicht erfordert, gegen SächsGB. § 863. Man kann die Wirkung auch trotz sonstiger Erfüllungsannahme beseitigen durch Vorbehalte wegen gewisser besonders beanstandeter Punkte, aber schwerlich durch einen allgemeinen Vorbehalt, Rümelin aaO.

2. Die in § 363 angeordnete Umkehrung der Beweislast knüpft sich an die bloße Tatsache der Erfüllungsannahme im Sinne von Nr. 1; ob der Gläubiger die Ware untersucht hat oder auch nur untersuchen konnte, macht nichts aus.

Daß sie nicht nur eintritt, wenn der zu rügende Mangel ein quantitativer, sondern auch, wenn er ein qualitativer war, unterliegt keinem Bedenken, RG. Bd. 57 Nr. 88 S. 400 (= Seuffert 60 Nr. 118).

Möglicherweise kann dem Gläubiger der in § 363 auferlegte Beweis auch schon vor der Erfüllungsannahme aus anderen Gründen obliegen, so in dem allerdings als Ausnahme behandelten Falle des RG. bei Seuffert 59 Nr. 221 S. 392.

3. Die exceptio non rite adimpleti contractus ist juristisch **nichts Einheitliches**, s. André in der zu § 320 zitierten Schrift. Sie begreift sowohl Fälle, wo der Gläubiger die inkorrekte Leistung nicht als Erfüllung behandelt wissen, also anstatt ihrer eine neue Erfüllungshandlung begehrt, als auch die, wo er wegen Mängeln des gelieferten Gegenstandes Schadensersatz-, Rücktrittsrecht usw. geltend machen will. Letzterenfalls ist sie nur eine prozessuale Sonderform der Geltendmachung für alle die mannigfachen, dem Gläubiger wegen der Mangelhaftigkeit der Leistung zustehenden Ansprüche; ersterenfalls ist sie der gewöhnlichen Einrede des nicht erfüllten Vertrages in Struktur und Zweck gleichartig, der Unterschied zeigt sich fast nur in der im § 363 im Anschluß an das bisherige Recht vollzogenen anderweitigen Regelung der Beweislast. Nur an diesen Fall denkt § 363; er läßt übrigens daneben die Rechte der §§ 320ff., anders als E. I § 367, durchaus bestehen.

4. § 363 ist auch anwendbar, wenn der Gläubiger den angeblichen Leistungsmangel klageweise verfolgt, indem er z. B. den etwaigen Rest oder die Wandlung beansprucht.

§ 364.

Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt annimmt.

Übernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er die Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernimmt.

E. I 264, E. II 313, RV. 358. — Mot. S. 82, Prot. S. 333.

Literatur: Berndorff, Annahme an Erfüllungsstatt, Dissert. Berlin 1904.

1. Daß der Schuldner auch durch **Hingabe an Erfüllungsstatt** (datio in solutum) befreit werde, ist nur eine sinngemäße Folge aus dem Grundsatz der privatrechtlichen Bestimmungsfreiheit, und nach dem Vorbild des RR. überall angenommen. Sie wirkt nach BGB. wie die Erfüllung, läßt also auch im Zweifel die Nebenrechte untergehen, selbst wenn eine Forderung an Erfüllungsstatt gegeben wird. Und die völlige Vernichtung der alten Forderung wird auch durch etwaige Mängel des Geleisteten nicht aufgehoben, es treten dann vielmehr nur die Rechte des § 365 ein, während nach einigen Quellenstellen des RR. (so l. 46 D. 46,3) daneben auch ein Zurückgreifen auf die alte Forderung gestattet wurde.

2. **An Erfüllungsstatt kann alles gegeben werden**, worauf sich ein Schuldverhältnis von vornherein richten kann, also Sachen, Rechte an Sachen, Handlungen, insbesondere auch Forderungsrechte. Und zwar nicht nur solche gegen dritte, sondern es kann auch der Schuldner selbst zu diesem Zwecke an Stelle der alten eine neue Verbindlichkeit, etwa durch Wechsel, eingehen. Letzterenfalls nähert sich das Verhältnis

der Novation, ist aber noch immer dadurch von ihr verschieden, daß die neue Schuld jeden beliebigen Inhalt haben kann, nicht nur den alten in einer bloßen neuen Form wiederholt. Übrigens ist das Verhältnis zur Novation sehr bestritten, s. Berndorff S. 46ff., der selbst in der Übernahme einer neuen Schuld durch den alten Schuldner einen Unterfall der Novation erblickt, S. 54. Dem strengeren römischen Begriff der Novation entspricht diese Gleichgültigkeit gegen das inhaltliche Verhältnis der alten und neuen Schuld nicht, und ihn heute zu erweitern, haben wir schwerlich Anlaß.

2. Die Leistung ist **Leistung auf die alte Schuld**; sie ist folglich aus denselben Gründen der Anfechtung, den Kondiktionen usw. ausgesetzt, wie es die eigentliche Leistung gewesen wäre, so Mot. S. 82.

3. **Bei Übernahme einer neuen Verbindlichkeit durch den Schuldner** — also nicht bei solcher durch einen dritten — wird nach Abs. 2 gegen die Annahme an Erfüllungsstatt, also für ein bloßes Versprechen zahlungshalber, vermutet. Dann vernichtet sie die alte Schuld nicht ohne weiteres, als solche, sondern nur kraft der dadurch eingetretenen materiellen Befriedigung; der Gläubiger ist aber nach Treu und Glauben verpflichtet, die Befriedigung zunächst aus der neuen Schuld zu suchen und für den Schaden aufzukommen, der aus seiner Nachlässigkeit dabei erwächst. Das hatte speziell für den Wechsel auch schon die bisherige Praxis anerkannt, s. die Angaben bei Kuhlenbeck Nr. 2. Es ist auch bei Übernahme einer sonstigen abstrakten Schuld anzunehmen, Dernburg § 90, I.

Es kann indes nicht nur eine völlige Aufhebung der alten Schuld, ausdrücklich oder stillschweigend (dies z. B. wohl normalerweise bei ganz verschiedenem Inhalt beider Versprechen) vereinbart, sondern auch zugleich mit Übernahme der neuen Schuld ein ausdrückliches oder stillschweigendes pactum de non petendo in Bezug auf die alte geschlossen sein, auf Zeit oder auf immer. S. die Ausführungen des RG. im Erk. Bd. 14 Nr. 52 S. 210.

In Aufl. 1 war dargelegt, daß Vorder- und Nachsatz des Abs. 2 wörtlich genommen einen inneren Widerspruch enthielten („übernimmt ... zum Zwecke der Befriedigung ... — so ist im Zweifel nicht anzunehmen ..."), s. auch Unger, Handeln auf eigene Gefahr, Aufl. 2 S. 128 Nr. 3. Doch läßt sich mit Berndorff S. 42 der Text dadurch rechtfertigen, daß der Endzweck der neu übernommenen Schuld immerhin auch beim zahlungshalber abgegebenen Versprechen die Befriedigung des Gläubigers ist (so übrigens im Grunde auch Aufl. 1 Nr. 3 a. E.).

§ 365.

Wird eine Sache, eine Forderung gegen einen dritten oder ein anderes Recht an Erfüllungsstatt gegeben, so hat der Schuldner wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten.

E. I 265, E. II 314, RV. 359. — Mot. S. 83—4, Prot. S. 333—4.

Literatur: Stampe, Das causa-Problem, 1904; Cohn, Recht 1905 S. 102.

1. § 365 handelt von der eigentlichen **Hingabe, nicht von dem Versprechen an Erfüllungsstatt**: für eine übernommene neue Verbindlichkeit haftet der Schuldner nach den gewöhnlichen Grundsätzen. War sie überhaupt nicht gültig übernommen, so ist die alte nicht erloschen.

Übrigens ist der Gläubiger auf die Gerechtsame des § 365 beschränkt, es sei denn, daß er die Mängelfreiheit des an Erfüllungsstatt Gegebenen als Bedingung für die Tilgung der alten Schuld aufgestellt hat.

2. § 365 gibt dem Gläubiger Ansprüche gegen den Schuldner **„wie gegen einen Verkäufer"**, d. h. also die Ansprüche aus §§ 433ff., ferner auch den Wandlungs- und den Minderungsanspruch, bei Forderungen die Rechte aus §§ 437/8, unter Umständen auch Schadensansprüche. Daß darum der Akt geradezu Kauf sei, ist nicht gesagt.

In dieser Regelung steckt nach Stampe ein rechtspolitischer Fehler, indem dabei auf die Eigenart des ursprünglichen Verpflichtungsverhältnisses keine Rücksicht genommen werde, obwohl doch die Erfüllung nur „Hilfsgeschäft" sei und die Eigentümlichkeiten

der alten causa (z. B. Kauf, Schenkung) materiell nicht auslöschen könne. Gegen diesen — wenn begründet, allerdings schweren — Vorwurf P. Klein, Hessische Rechtspraxis 1904 Nr. 7. Man wird mit ihm anzunehmen haben, daß die Besonderheiten der alten causa durch die Leistung an Erfüllungsstatt keineswegs völlig beseitigt werden sollen. Vielleicht läßt sich das so zurechtlegen: § 365 unterstellt ein entgeltliches Verpflichtungsverhältnis, will aber der bei gewissen unentgeltlichen anerkannten Sonderregelung nicht entgegentreten. Er ist insoweit einschränkend auszulegen, da nur dadurch ein sinnwidriges, vom Gesetzgeber sicherlich nicht beabsichtigtes Ergebnis vermieden werden kann. Anders Planck Nr. 6.

Schwierigkeiten ergeben sich dadurch, daß die Gegenleistung nicht ein Preis, sondern der Verzicht auf ein besonderes Forderungsrecht war. Da ist zu sagen:

a) Bei der Wandlung (und ebenso beim Rücktrittsrecht nach §§ 440, 326/7) ist nach der Ansicht mancher die Forderung selbst zurückzugewähren. Sie kann zwar mangels einer dem Akt beigefügten Bedingung nicht sofort wieder aufleben, aber der Schuldner ist zur Wiederherstellung, d. h. zur Begründung eines inhaltlich dem alten gleichen und daher wirtschaftlich identischen Forderungsrechtes verpflichtet. So Planck Nr. 1, Dernburg § 118 Anm. 5, Kisch bei Grünhut 29 536, auch meine Aufl. 1.

Dagegen aber Schollmeyer Nr. 2a, β, Berndorff (s. bei § 364) S. 90, Endemann § 142 Anm. 7, Goldmann-Lilienthal S. 412, die nur einen Bereicherungsanspruch auf den Wert der früheren, untergegangenen Forderung gewähren. Die Wiederherstellung der letzteren sei unmöglich, schon weil die alte causa nicht wiederhergestellt werden könne, außerdem die einmal erloschenen Pfandrechte und Bürgschaften nicht wiederherstellbar seien (Berndorff aaO.). Dem wird man sich in der Tat anzuschließen haben, eine völlige wirtschaftliche Wiederherstellung der Forderung ist, wenn überhaupt, vielfach nur so schwer möglich, daß sie als zu vermeidender lästiger Umweg erscheint. Man wird vielmehr einen direkten Anspruch auf den Effekt des alten Forderungsrechtes geben; der Gegner haftet kraft der Wandelung, aber nicht auf Wiederherstellung des Rechts, sondern direkt auf den Betrag, den er durch seinen Wegfall gewonnen hatte. Schwierigkeiten ergeben sich nur, wenn ein dritter an Zahlungsstatt geleistet hatte, s. dazu Cohn aaO. und dort Zitierte. Man wird auch hier nur einen Anspruch gegen den befreiten Schuldner geben, nicht gegen den dritten (condictio ob causam finitam).

b) Bei der Minderung wird man mit Planck § 473 (s. diesen) heranzuziehen haben, d. h. der Wert des aufgegebenen Rechtes ist in Geld zu schätzen, und der Schuldner muß einen der Wertminderung entsprechenden, nach § 472 zu berechnenden Betrag vergüten. Genauer dazu Schollmeyer S. 285.

3. **Ob der Schuldner oder ein dritter** für ihn die Leistung vollzog, ist gleichgültig; § 365 redet zwar nur vom „Schuldner", indem er jedenfalls nur an den Normalfall denkt, aber man wird analog auch den dritten so haften lassen. Dann ist natürlich der alte Schuldner nicht haftbar für die Mängel einer von ihm ja gar nicht gemachten Leistung. Diese allein rationelle Auffassung entspricht ferner der Entstehungsgeschichte und wird dementsprechend auch von Planck Nr. 4 und Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 4 vertreten, s. auch l. 38 (39) D. III, 5.

Folglich ist dann event. auch der dritte verpflichtet, dem Gläubiger die alte Forderung wiederherzustellen.

§ 366.

Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden aus, so wird diejenige Schuld getilgt, welche er bei der Leistung bestimmt.

Trifft der Schuldner keine Bestimmung, so wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen

die ältere Schuld und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismäßig getilgt.

E. I 267, E. II 315, RB. 360. — Mot. S. 86—8, Prot. S. 335—6.

Literatur: Henrici in Jherings Jahrb. 32 99 ff.

Leistet der mehrfache Schuldner einen nicht zur Tilgung aller Posten ausreichenden Betrag, so ist wegen der Anrechnung des Geleisteten folgendes entscheidend:

1. **Die etwaige vorgängige Vereinbarung der Parteien.** Denn es ist anzunehmen, daß § 366 nur dispositives Recht enthält; so auch Dernburg § 117, II, 1 (der freilich kaum mit Recht darin einen „Verzicht" der beiden Teile auf die Anrechnungsmethode des § 366 erblickt), Planck Nr. 2, Schollmeyer Nr. 1 a. E. Die Parteien ersetzen dann hinsichtlich der zwischen ihnen entstandenen oder entstehenden Schuldverhältnisse den Anrechnungsmodus des § 366 durch den vertragsmäßig vereinbarten. Freilich bleibt dem Schuldner trotzdem die selbstverständliche Möglichkeit, bei dem Leistungsangebot einen der Abrede widerstreitenden Anrechnungsmodus anzugeben; aber das ist nur ein einseitiger Vorschlag, der zur Wirksamkeit ausdrückliche, mindestens stillschweigende Annahme des Gläubigers erfordert. Denn das einseitige Bestimmungsrecht des Schuldners ist durch die Abrede beseitigt. Durch Ablehnung des vertragswidrigen Vorschlages kommt der Gläubiger nicht in Annahmeverzug, vielmehr kann der Schuldner wegen Unterbleibens eines vertragsmäßigen Angebots in Leistungsverzug kommen. Aber nicht kann der Gläubiger die angebotene Leistung auf die vertragsmäßig bestimmte Schuld einseitig anrechnen, da es ihretwegen an einem Angebot fehlt. So mit Recht Planck Nr. 2, ihm folgend Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 2, dagegen freilich Kisch bei Grünhut 29 352, Dernburg und Schollmeyer.

2. **Bestimmung des Schuldners:** Schon im GR. hatte der Schuldner es nach der herrschenden und richtigen Ansicht (so Henrici bei Jhering 14 428 ff., Struckmann daselbst 15 251 ff.; a. A. freilich Windscheid, § 343 No. 2b) in der Hand, durch einseitige Erklärung zu bestimmen, auf welche seiner Schulden sich eine nicht zur Tilgung aller ausreichende Zahlung beziehen solle. Ein Widerspruch des Gläubigers wäre eine protestatio facto contraria, wenn er das Geleistete nimmt und behält; tut er das aber nicht, so gerät er, korrektes und vollständiges Angebot (§ 266) der geschuldeten Leistung vorausgesetzt, in Annahmeverzug. Dem folgt nun auch das BGB.

Die für maßgebend erklärte **„Bestimmung"** kann ausdrücklich wie stillschweigend (s. dazu RG. vom 18. XII. 1903, JW. 33 58 und OLG. Colmar in Rspr. VIII S. 45) erfolgen, insbesondere auch durch Kongruenz des ohne weitere Bemerkung Gezahlten gerade mit einer der mehreren Schuldsummen. Der Gläubiger kann ihr nicht widersprechen, sondern höchstens deswegen die ganze Leistung zurückweisen, kommt dann aber in Annahmeverzug (§ 293). Sie ist, wenn gültig erklärt und dem Gläubiger zugegangen, wirksam, auch wenn dieser nichts davon erfahren hat, Planck Nr. 2.

3. **Bestimmt der Schuldner nichts beim Leistungsakte,** so geht das Recht nicht etwa auf den Gläubiger über. Freilich kann dieser nun einen anderen Anrechnungsvorschlag machen, aber das wirkt bei Fehlen besonderer Bestimmung nur nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze, d. h. bei ausdrücklicher oder stillschweigender Annahme durch den Schuldner. So auch das richtig verstandene RR., Dernburg Pand. II, § 55, No. 24, auch Mot. S. 88. Ist der Vorschlag aber einmal angenommen, so ist die darin bestimmte Schuld endgültig erloschen, und das kann auch durch neue gegenteilige Abrede nicht ungeschehen gemacht werden — wichtig wegen der Bürgen, Entsch. des RG. 29, Nr. 29, S. 110.

4. **Kommt es auch nicht zur Einigung zu 2,** so greifen die Grundsätze des Abs. 2 ein, die wesentlich dem bisherigen Rechte entsprechen, s. auch KO. § 48. Dabei ist die fällige Schuld im Sinne von § 284 zu verstehen; was unter der „geringere Sicherheit bietenden" (Anlehnung an Landrecht I, 16, § 156) sowie der „beschwerlicheren" Schuld zu verstehen sei, bestimmt sich aus der besonderen Sachlage, s. dazu Prot. S. 336, Stammler S. 220 Nr. 1, Dernburg § 117, II, 3 Anm. 9. Allgemein kann man wohl nur mit der landrechtlichen Praxis sagen, daß die einer früheren Verjährung ausgesetzte — aber noch nicht verjährte — Schuld die geringere Sicherheit biete. Ob dagegen auch die bereits verjährte Schuld als nach diesem Gesichtspunkt getilgt erachtet werden könne, ist sehr zweifelhaft und wohl zu verneinen, s. die Gründe bei v. Seeler, ArchBürgR. 15 110—11. Ebenso wird man der Annahme des OLG. Marienwerder, Recht 04 552, die zivilrechtliche Schuld biete geringere Sicherheit als

eine Wechselschuld, nicht ohne weiteres beitreten können — man denke an die kurze Wechselverjährung! — Das „Alter“ bemißt sich nach der Entstehung, nicht nach der Fälligkeit.

5. Auf den Fall der Leistung durch einen dritten werden die Sätze des § entsprechend anzuwenden sein.

6. Der § bezieht sich an sich wohl **nicht nur auf eigentliche Zahlungen**, sondern auch auf die **Aufrechnung**, die ja den Effekt einer gegenseitigen Zahlung, nur in vereinfachter Form, darbietet. Aber für sie ist in § 396 besonderes bestimmt, und dadurch die Anwendung des § 366 zurückgedrängt. Dagegen auf Leistungen im Wege der Zwangsvollstreckung wird man den Abs. 2 um so eher für anwendbar erachten, als er ganz allgemein redet. S. Mot. S. 88.

7. **Beweislast**: Wenn der Gläubiger auf Leistung klagt und der Beklagte sich darauf beruft, daß eine von ihm gemachte Zahlung auf den Klageanspruch anzurechnen sei, so muß der dies bestreitende Kläger beweisen, daß er mehrere Ansprüche hatte. Erbringt er diesen Beweis nicht, so ist die Zahlung auf die allein erweisliche Klageforderung anzurechnen, RG. Bd. 55 Nr. 102 S. 414; erbringt er ihn, so muß der Schuldner beweisen, daß er bei der Zahlung gerade sie im Sinne des Abs. 1 bestimmt habe, OLG. Colmar in Rspr. VIII S. 45, oder daß die Anrechnung nach Abs. 2 auch ohne solche Bestimmung gerade auf sie stattzufinden habe. S. aber auch Fr. Leonhard, Beweislast S. 385.

§ 367.

Hat der Schuldner außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten zu entrichten, so wird eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichende Leistung zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf die Hauptleistung angerechnet.

Bestimmt der Schuldner eine andere Anrechnung, so kann der Gläubiger die Annahme der Leistung ablehnen.

E. I 268, E. II 316, RV. 361. — Mot. S. 86—7, Prot. S. 336—7.

1. Die Besonderheit des § 367 besteht im **Wegfall des schuldnerischen Bestimmungsrechts** (anders Entw. I); der Schuldner kann zwar einen andern Modus vorschlagen, der Gläubiger aber die Leistung ablehnen, ohne in Verzug zu kommen, Abs. 2 (s. dazu auch OLG. Hamburg vom 21. II. 1905, Seuffert 60 Nr. 166 S. 313). Tut er das freilich nicht, so wäre ein Widerspruch gegen den Vorschlag auch hier eine unwirksame protestatio facto contraria. Eine einseitige Bestimmung des Gläubigers, es bei der Vorschrift des Abs. 1 belassen zu wollen, ist ebenfalls unzulässig: denn darauf war das Zahlungsangebot eben nicht gerichtet.

S. auch den Fall in Rspr. X S. 123 (OLG. Hamburg 6. II. 1904).

2. Die Bemerkungen zu § 366, Nr. 5—6 greifen auch hier Platz. S. auch KO. § 48.

§ 368.

Der Gläubiger hat gegen Empfang der Leistung auf Verlangen ein schriftliches Empfangsbekenntnis (Quittung) zu erteilen. Hat der Schuldner ein rechtliches Interesse, daß die Quittung in anderer Form erteilt wird, so kann er die Erteilung in dieser Form verlangen.

E. I 269, E. II 317, RV. 362. — Mot. S. 88—9, Prot. S. 337—40.

Literatur: Die Berliner Dissertationen von Dilloo, 1895, R. Behrend, 1896, Dryander, 1899.

1. Die **Quittungspflicht** des Gläubigers (oder seines Vertreters) gehörte, als notwendiges Korrelat der dem Schuldner hinsichtlich der Erfüllung obliegenden Beweispflicht, dem geltenden Gemeinen, Preußischen (I, 16, §§ 86, 101) und Sächsischen (§§ 981/985) Rechte an. Sie ist vom BGB. übernommen, darin auch nicht auf

gewisse Arten von Schulden — etwa Geldschulden, wie in Sachsen — beschränkt; sie findet auch Anwendung in den Fällen sofortiger Barzahlung: denn auch hier wird in Wahrheit zur Erfüllung einer, wennschon zeitlich unmittelbar vorher entstandenen, Schuld geleistet, und das Gesetz macht für solche Fälle keine Ausnahme. Etwaigen Schikanen (bei ganz minimalen Beträgen) tritt unter Umständen das Schikaneverbot des § 226 entgegen, nicht aber (so Aufl. 1) auch § 242, da dieser eine Pflicht voraussetzt, aber nicht ihre Entstehung hindern kann. Auch die Ansicht von Enneccerus S. 508, daß die Quittungspflicht überall da ausgeschlossen sei, wo nach der Übung des Lebens keine Quittung gegeben werde, dürfte allzuweit gehen.

Sie ist ferner nicht beschränkt auf Zahlungen des Schuldners; auch der leistende dritte hat angesichts des allgemeinen Wortlautes einen Anspruch auf Quittung.

2. Die Quittung ist **Zug um Zug** gegen die Leistung zu gewähren; bei Weigerung des Gläubigers gewinnt der Schuldner das Zurückbehaltungsrecht aus § 273, kann ferner den Gläubiger sowohl — wegen der Leistung — in Annahme-, wie — wegen der Quittung — in Leistungsverzug setzen.

Ist **ohne Quittung** geleistet, so kann der Schuldner auf diese klagen, da § 368 offenbar ein wahres subjektives Recht, einen Anspruch darauf verleiht. Doch wird möglicherweise ein stillschweigender Verzicht des Schuldners auf die Quittung zu unterstellen sein, wenn auch nicht „regelmäßig" (so Planck Nr. 3 für Bargeschäfte).

Der Erfüllungsort ist der allgemeine nach § 269, also im Zweifel der Wohnort des quittungspflichtigen Gläubigers, nicht der Erfüllungsort der zu quittierenden Schuld. Die gegenteilige Annahme verstieße auch gegen § 269 Abs. 1, da sie dem Quittungspflichtigen die Übersendungskosten aufbürdete.

3. Die Quittung ist **schriftlich** zu erteilen: also genügt nicht eine durch mechanische Vervielfältigung hergestellte Unterschrift, s. § 126 und Bem. dazu. Kann der Gläubiger nicht unterzeichnen, so ist ein gerichtlich oder notariell beglaubigtes Handzeichen nötig. Für den geschäftsunfähigen Gläubiger hat sein gesetzlicher Vertreter zu quittieren, jedoch wird unter Umständen auch die Quittung des Geschäftsunfähigen als Beweismaterial in Betracht kommen können (nicht aber als Dispositivakt im Sinne von Nr. 5).

Nach S. 2 sind unter Umständen auch andere Formen zu wählen, z. B. da, wo es zu grundbuchmäßigen Akten nötig ist, §§ 1144, 1192, GO. § 29 (Planck Nr. 4).

Ferner kann z. B. der Schuldner bei Teilzahlung gegenüber einer durch vollstreckbare Urkunde gesicherten Forderung Vermerk auf der Urkunde selbst verlangen. Denn andernfalls bliebe er der Vollstreckungsgefahr auch wegen des gezahlten Betrages unterworfen, OLG. Hamburg Rspr. IX S. 283.

4. Die Quittung soll ein **„Empfangsbekenntnis"** sein; sie darf also nicht abstrakt lauten, sondern muß auf das besondere getilgte Schuldverhältnis Bezug nehmen, auch das Datum, den Leistungsort, kurz alles enthalten, was zu ihrem Zweck, dem Schuldner den Beweis der korrekten, pflichtmäßigen Leistung zu gewähren, dienlich ist, s. Mot. S. 89. Weichen die Angaben in der Quittung (z. B. über die in Zahlen und Buchstaben bezeichnete Summe) von einander ab, so entscheidet das Gericht nach freier Überzeugung, welche Erklärung mehr Beweiskraft besitze; keinenfalls ist die Quittung deshalb ungültig, RG. bei Seuffert 59 Nr. 29 Nr. 55.

Was sonst noch zur ordnungsmäßigen Quittung gehöre, wird nicht ein für allemal bestimmt — es dürfte hauptsächlich auf die Verkehrsüblichkeit abzustellen sein; auch die landrechtlichen Vorschriften wird man vielfach vorbildlich verwerten können, I, 16, § 87: Bezeichnung der Schuld, Wohnung des Schuldners, Ort und Zeit der Zahlung, Unterschrift des Empfängers.

5. **Rechtsnatur der Quittung.** Sie ist im früheren wie im jetzigen Recht bestritten.

a) Viele sahen darin gemeinrechtlich einen Dispositivakt, der die Schuld zur Auflösung bringen sollte, so Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 255 ff., Dilloo aaO. Diese Lehre ist freilich für das Gemeine Recht wie das Landrecht besonders von der Praxis (s. dagegen RG. 14 Nr. 58 S. 242 und bei Seuffert 36 Nr. 104 S. 150) meist verworfen, findet aber auch für das geltende Recht noch immer Anhänger. So Endemann S. 798—9, Collatz Iherings Jahrb. **40** 127.

b) Die herrschende Lehre erblickt dagegen in der Quittung als solcher nur ein **Beweismittel**: sie bescheinigt die Tatsache des vollzogenen Empfanges, kann also vom Gläubiger durch andere Beweismittel gegebenenfalls widerlegt werden. So Bülow, Geständnisrecht, S. 185 ff., Beckh, Beweislast, S. 221—3, Breit, Geschäftsfähigkeit, S. 203 (Wissens- nicht Willenserklärung) Dryander aaO., Kipp-Windscheid

S. 778, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 3, Schollmeyer Vorbem., Vonschott bei Gruchot 49 22 ff.

c) Vermittelnd Planck Nr. 5c, der in der nach § 368 zu fordernden Quittung einen Beweisvertrag sieht, wodurch vereinbart werde, daß der Gläubiger dem Schuldner gegenüber dessen Befreiung durch Erfüllung nicht mehr bestreiten dürfe, dagegen Hellmann KrVJSchr. 41 245.

Enneccerus S. 533—34 sieht darin ein bedingtes pactum de non petendo, möglicherweise könne sie auch ein Erlaß- oder negativer Anerkennungsvertrag sein.

Von diesen Ansichten ist nur die herrschende zu b) haltbar. Die Annahme eines Dispositivaktes widerspricht nicht nur dem Wortlaut des § 368 und der Entstehungsgeschichte (s. Prot. S. 338, auch die Angaben bei Planck aaO.), sondern ebenso der Erwägung, daß die Quittung auch nach Zahlung verlangt werden kann, obwohl doch von einem Dispositivakt hinsichtlich einer bereits erloschenen Schuld nicht mehr die Rede sein kann.

Ferner würde gegen einen Dispositivakt nicht der (einfache) Gegenbeweis am Platze sein, ein Ergebnis, das sich aus dem Gesetze nicht rechtfertigen läßt und erhebliche innere Gründe gegen sich hat.

Selbstverständlich kann sich in der Form einer Quittung ein Dispositivakt, Erlaß oder negatives Anerkenntnis kundgeben. Aber die dann eintretende Wirkung ist nicht die der Quittung als solcher, sondern die des unter ihrer bloßen Form versteckten Aktes des § 397, s. Bem. dazu.

Gegen die Theorie des Beweisvertrages spricht, daß dieser ganze Begriff problematisch und gerade in der jüngsten Zeit in seiner Existenzberechtigung bedeutsam angefochten ist, so von Bülow und Hellmann aaO., Wach ArchZivPrax. 64 216 ff. Die Annahme eines bedingten pactum de non petendo ferner ist sehr bedenklich; sie trägt in den schlichten Vorgang den Beteiligten vermutlich sehr fernliegende Distinktionen hinein.

Wenn Enneccerus anführt, daß häufig Quittungen bereits in Erwartung künftiger Zahlung ausgestellt würden, also doch kein Beweismittel geschehener Zahlung bilden könnten, so widerlegt das die herrschende Lehre nicht. Beweismittel ist in ihrem Sinne nicht schon die ausgestellte, sondern erst die dem Gläubiger übergebene Quittung. Ein Gegenbeweis, daß bis zur Ausstellung noch nicht gezahlt sei, kann daher nicht zu ihrer Entkräftung genügen, sondern nur ein solcher, daß die Zahlung bis zur Begebung und bei ihr noch nicht erfolgt sei.

Schwierig sind nur die gleichfalls nicht seltenen Fälle, in denen jemand dem Gläubiger in Erwartung künftiger Erfüllung bereits die Quittung übergibt oder übersendet. Über Konstruktion und Behandlung dieser antizipierenden Quittung herrscht Streit, s. Prot. S. 337. Meist nimmt man an, daß der Gegenbeweis hier nicht schon durch den Nachweis, es sei damals, sondern nur durch den weiteren, es sei überhaupt noch nicht gezahlt, beseitigt werde — so außer Enneccerus und Planck auch Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 3 und meine Aufl. 1. Unbedenklich ist das aber unleugbar nicht; vielleicht empfiehlt es sich eher, den genannten Gegenbeweis an sich zu gestatten, aber aus dem Belassen der Quittung beim Schuldner seitens des Gläubigers ein Geständnis abzuleiten, er habe nachträglich die erwartete Zahlung erhalten. Dem Gläubiger, der trotz unterbleibender Zahlung dem Schuldner die antizipierte Quittung beläßt, wird dadurch nicht zu nahe getreten, und im Interesse des Schuldners ist die Behandlung unerläßlich, da man ihm andernfalls mit derartigen verfrühten Quittungen ein Danaergeschenk machen könnte.

Übrigens kehrt die Frage entsprechend wieder, wenn jemand einen Schuldschein über ein noch nicht empfangenes Darlehen ausstellt, ein bekanntlich schon im Römischen Recht durch die querela non numeratae pecuniae besonders behandelter Fall. S. dazu OLG. Hamburg bei Seuffert 59 Nr. 122 S. 223. Der Aussteller soll danach beweisen müssen, nicht nur daß die Darlehensvaluta damals nicht, sondern daß sie überhaupt nicht ausgezahlt sei.

6. Eine **Suspension der Beweiskraft**, wie nach PR., ist dem BGB. ebenso fremd wie dem bisherigen Recht seit dem EG. zur ZPO., § 17 Abs. 1.

7. Für Wechselzahlungen s. WO. Art. 39.

8. Wegen der Frage, ob Straßenbahnbillets Quittungen seien, s. Seelmann ArchBürgR. 25 S. 192 ff., der die Frage mit m. E. nicht unbedingt zwingenden Gründen verneint.

§ 369.

Die Kosten der Quittung hat der Schuldner zu tragen und vorzuschießen, sofern nicht aus dem zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse sich ein anderes ergibt.

Treten infolge einer Übertragung der Forderung oder im Wege der Erbfolge an die Stelle des ursprünglichen Gläubigers mehrere Gläubiger, so fallen die Mehrkosten den Gläubigern zur Last.

E. I 270, E. II 318, RV. 363. — Mot. S. 89—90, Prot. S. 340.

1. § 369 bezieht sich nur auf die **eigentlichen Kosten** des Aktes selbst, z. B. für Beglaubigung, Porto, Notariatsgebühren; die etwa durch Landesgesetz gerade dem Gläubiger auferlegten Gebühren, Stempel usw. werden als dem öffentlichen Recht angehörig durch das BGB. nicht betroffen, s. Mot. S. 90. Daß die Kosten infolge besonderer Verhältnisse des Gläubigers (z. B. Krankheit) ungewöhnlich hoch sind, tut der Anwendung der Vorschrift dagegen keinen Eintrag, OLG. Hamburg vom 28. XI. 1902 in Rspr. VI S. 271—2.

2. **Grund**: der Schuldner trägt die Kosten, weil die Quittierung in seinem Interesse erfolgt; wo das nicht der Fall ist, muß gemäß der Klausel „sofern nicht" der Gläubiger die Kosten tragen (Schenkung, Auftrag, Hinterlegung), ebenso bei besonderer Abrede.

3. Aus der Vorschußpflicht ergibt sich ein **Rückbehaltungsrecht** (§ 273) des Gläubigers bez. der Quittung, wenn jener nicht genügt wird; der Gläubiger kann dann die Quittung verweigern, ohne die in Bem. 2 zu § 368 angeführten Folgen gewärtigen zu müssen.

4. Im Fall des **Abs. 2** hat jeder Gläubiger nur Erstattungsansprüche nach Anteilen des Gesamtbetrages, den die Quittung ohne die Vervielfältigung der Berechtigten an Kosten verlangt haben würde, während die Mehrkosten den einzelnen anteilsmäßig zur Last fallen. Das ergibt sich schon aus § 420. Anders freilich Schollmeyer Nr. 3, der hier eine Gemeinschaftlichkeit der Verpflichtung annimmt; gegen ihn Kisch bei Gruchot **29** 537.

Auch bei Teilübertragungen wird Abs. 2 Anwendung finden (a. A. Fischer-Henle Nr. 3); die Zessionare mögen sich dann wegen der gemachten Abzüge gegebenenfalls gegenüber dem Zedenten schadlos halten.

§ 370.

Der Überbringer einer Quittung gilt als ermächtigt, die Leistung zu empfangen, sofern nicht die dem Leistenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen.

E. II 319, RV. 364. — Prot. S. 341.

Literatur: Keyßner in der Berliner Festgabe für R. Koch, S. 139ff., Staub, Exkurs zu HGB. § 58 Anm. 16ff.

1. Die erst in E. II eingefügte Bestimmung entspricht dem Vorbild des Allg. Landrechts I, 13 § 129 und des HGB. Art. 296. Sie begründet nicht etwa eine gesetzliche Vollmacht, sondern es gilt nur im Interesse der Verkehrssicherheit dem Schuldner oder dritten Zahler gegenüber der Betreffende wie ein Bevollmächtigter oder sonst zum Empfang Berechtigter. Das Verhältnis ist ähnlich, wie nach der dem Schuldner nicht kundgemachten Zession.

Unnötig ist, daß die Quittung gerade dem Produzenten ausgehändigt worden war: auch wenn dieser sie dem Aussteller oder berechtigten Inhaber entwendet oder sonst widerrechtlich erlangt hat, kommt § 370 zur Anwendung, Isay, Geschäftsführung S. 232 und dort Zitierte, Zitelmann, Grundriß S. 122

Ebensowenig kann man erfordern, daß der Quittungsträger gerade im Namen des Gläubigers gehandelt habe, wenn es auch die Regel bilden wird (so auch Biermann, Gießener Festgabe für Dernburg S. 93, Müller-Erzbach, mittelbare Stellvertretung,

1905, S. 37). Weder Sinn noch Wortlaut des § 370 berechtigen zur gegenteiligen Annahme; der Ausdruck „gilt als ermächtigt“ deckt sowohl die Fälle des Handelns als Stellvertreter wie die der Verfügung im eigenen Namen im Sinne des § 185 oder als angeblicher Zessionar.

2. Die Befreiung tritt nach § 370 (anders natürlich nach § 362) nur ein, wenn der Überbringer dem Schuldner die Quittung **ausgehändigt** hat; bloße Vorweisung genügt nicht, Keyßner S. 142—3. Andererseits reicht auch die bloße Aushändigung nicht aus, wenn **nachweislich nicht gezahlt** ist.

3. Bringt jemand eine datierte Quittung **vorzeitig** dem Schuldner, so befreit diesen seine Leistung an den (nicht wirklich berechtigten) Überbringer nicht, Keyßner S. 146. Der Grund liegt m. E. darin, daß die fiktive „Ermächtigung“ nur nach Maßgabe ihres Inhaltes, also bei Beifügung eines späteren Datums erst von diesem ab, wirken kann.

4. Die — natürlich vom Gläubiger zu beweisende — **Ausnahme** im Text setzt nicht geradezu Kenntnis des Schuldners von der Nichtermächtigung voraus, sondern nur diejenige von Umständen, die seine Überzeugung vom Vorhandensein einer Ermächtigung irre machen mußten. Dagegen steht, entsprechend dem allgemeinen Prinzip des BGB., das Kennenmüssen auch hier dem wahren Kennen nicht gleich, s. § 166 Abs. 2 S. 2 und Bem. dazu.

5. Ist § 370 auch anwendbar auf **Leistungen dritter** an den „Quittungsträger“? Der Wortlaut spricht dafür, skeptisch Schollmeyer Nr. 2, dem man jedenfalls dahin Recht geben muß, daß in solchem Fall auch auf die dem Schuldner bekannten Umstände im Sinne von Nr. 4 zu sehen sei. Anders Planck Abs. 3.

§ 371.

Ist über die Forderung ein Schuldschein ausgestellt worden, so kann der Schuldner neben der Quittung Rückgabe des Schuldscheins verlangen. Behauptet der Gläubiger, zur Rückgabe außer Stande zu sein, so kann der Schuldner das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis verlangen, daß die Schuld erloschen sei.

E. I 271, E. II 320, RB. 365. — Mot. S. 90—1, Prot. S. 341—2.

Literatur: Hedemann, Iherings Jahrb. 48 S. 63 ff.; Jacobi, Wertpapiere S. 123.

1. Der Satz des § 371 entspricht dem bisher geltenden Gemeinen und Landrecht (I, 16, §§ 125 6). Er kommt im Gegensatz zum Quittungsanspruch nur dem Schuldner, nicht auch dem zahlenden dritten zu Gute; jenem aber selbst dann, wenn ein dritter für ihn erfüllte. Anders Hedemann S. 75, 78, der den Anspruch mit beachtenswerten, aber m. E. nicht überzeugenden Gründen und zum mindesten dem Wortlaut zuwider, auch dem Drittzahler gibt. Das ist nur anzunehmen, wenn dieser die Schuld zuvor übernommen hat, was er ohne Zustimmung des Gläubigers nicht vermag.

2. **Rechtsgrund des Anspruches; Person des Verpflichteten** (s. auch, großenteils abweichend Hedemann S. 68). Jener beruht wohl auf dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (condictio ob causam finitam) oder doch auf einem verwandten Gesichtspunkt. Ist auch der Schuldschein kein Recht oder die Verkörperung eines solchen, so bietet er doch dem darin bezeichneten Gläubiger einen erheblichen tatsächlichen und, als Beweismittel, auch rechtlichen Vorteil. Ihn hat der Gläubiger auf Kosten des Schuldners als des dadurch in seiner Rechtslage Beschwerten erlangt, und nach Tilgung der Schuld bezw. Angebot der Leistung ist dafür der Rechtsgrund weggefallen. Die Polemik Hedemanns — der Schuldner habe das Eigentum am Schein nie besessen — denkt zu wenig an dessen materiell vorwiegend schuldrechtliche Bedeutung.

Das Eigentum am Schuldschein stand während Bestehens der Schuld nach § 952 dem Gläubiger zu; daß es mit ihrer Tilgung ipso iure an den Schuldner gefallen sei, läßt sich um so weniger annehmen, als eine dem § 797 S. 2 entsprechende Bestimmung für den Schuldschein nicht gegeben ist und § 371 nach der Gegenmeinung ganz überflüssig wäre. Daß § 371 aber selbst einen dinglichen Anspruch

gewähre (so Hedemann S. 74), ist nicht erweislich und bei seiner Stellung im Schuldrecht — statt hinter § 952 — keineswegs anzunehmen.

Der Anspruch richtet sich daher auch nur gegen den Schuldner, nicht gegen dritte Besitzer; anders Hedemann S. 72. Dafür wird der Gläubiger, wenn der Schuldschein an einen dritten gelangt, und der Schuldner zur alsbaldigen Rückschaffung nicht im Stande ist, abgesehen vom Anerkenntnis des Erloschenseins (unten Nr. 4) Abtretung des Anspruchs auf Rückgabe nach § 281 verlangen können.

3. **Voraussetzung:** Das Recht auf das Anerkenntnis tritt ein schon bei der bloßen **Behauptung** des Gläubigers im Sinne von S. 2; ein Beweis ist nicht erfordert (s. Prot. S. 347, anders E. I). Jedoch ist das nur ein Recht des Schuldners; er kann auch den Anspruch auf den Schuldschein bis zu dem Nachweis, daß dieser durch einen vom Gläubiger nicht zu vertretenden Umstand abhanden gekommen sei, aufrechterhalten. S. 2 will dem Schuldner offenbar nur ein weiteres Recht geben, nicht das in S. 1 verliehene beschränken. Nach den Grundsätzen von §§ 275, 282 aber muß der Pflichtige — und das ist hier der Gläubiger — die behauptete Unmöglichkeit der Leistung und ihren von ihm nicht zu vertretenden Grund beweisen. So auch Planck Nr. 2, Schollmeyer Nr. 2, Kipp-Windscheid S. 407, besonders Hedemann S. 86ff., m. E. durchschlagend. Anders freilich die Protokolle aaO., im wesentlichen auch, mit beachtenswerten Gründen, Dernburg § 115, VI, Rehbein Nr. 18 S. 285.

4. **Das Anerkenntnis des Satz 2** ist von der in § 397 Abs. 2 vorgesehenen Art, s. Bem. dazu. Daneben ist eine Quittung als das Minus überflüssig und — im Gegensatz zu Satz 1 — nicht mehr zu beanspruchen, s. Prot. aaO.

Die Kosten trägt hier natürlich der Gläubiger, da er den Anlaß zur Notwendigkeit dieses besonderen Aktes gegeben hat, so besonders E. I § 271 Satz 2, der nur, weil selbstverständlich, gestrichen worden ist.

5. § 371 greift auch Platz bei **Ungültigkeit** der Schuld; ferner wenn die Schuld auf andere Weise als durch Erfüllung, etwa durch Aufrechnung, Erlaß, Vergleich getilgt ist, Hedemann S. 80.

Zweiter Titel.

Hinterlegung.

Vorbemerkung zu Titel 2.

Literatur: Ulrich, Deposition behufs Befreiung des Schuldners, 1877; Kohler in den vor § 293 zitierten Arbeiten. Dazu neuestens: Hellwig, Verträge auf Leistung an dritte S. 442ff.; Beer, Hinterlegung zum Zweck der Schuldbefreiung, 1900; Kopf, Das Hinterlegungsverhältnis, 1903; Mühsam, Gerichtliche Hinterlegung, 1900; Müller, Iherings Jahrb. 41 411ff. (auch Erlanger Dissert. 1900); Renner, Dissert. Erlangen 1901.

1. **Allgemeines:** Das Recht der Hinterlegung behufs Befreiung des Schuldners — nur auf diesen Fall bezieht sich der Titel, nicht auf die zur Sicherheitsleistung (§ 232) und im Prozeß erfolgende — entspricht dem Gemeinen und Preußischen Recht. Während jene aber alle beweglichen und in der Form der Sequestration sogar unbeweglichen Sachen (Dernburg Band. II § 61; Landrecht I, 16, § 234) als Gegenstände der Hinterlegung anerkannten (anders freilich Preußische Hinterlegungsordnung vom 14. III. 1879), hat das BGB. das Institut auf die in § 372 angeführten Arten von beweglichen Sachen beschränkt. Freilich bleiben laut EG. Art. 146 die weitergehenden Vorschriften der Landesrechte in Kraft, s. das in den Kommentaren dazu mitgeteilte Verzeichnis; jedoch finden auch auf solche Hinterlegungen die §§ 372ff. Anwendung.

Mangels solcher Bestimmungen muß der Schuldner bei anderen Sachen, um sich zu befreien, den Selbsthilfeverkauf nach § 383ff. vollziehen, oder er kann, bei Immobilien, im Falle des Annahmeverzugs nach § 303 den Besitz aufgeben. Für andere

Fälle mag durch Einrichtung einer Pflegschaft (§§ 1911, 1913) geholfen werden, im Prozesse möglicherweise auch mittels einstweiliger Verfügung, ZPO § 938. Ein allgemeines Recht auf Einleitung einer Sequestration steht dagegen dem Schuldner nicht zu, s. Mot. S. 95.

2. Über die **Hinterlegungsstellen** bestimmt das BGB. nichts; maßgebend bleibt dafür das Landesrecht, jedoch müssen gemäß § 372 die Einzelstaaten solche Stellen einrichten. Das Landesrecht bestimmt insbesondere über ihre Zuständigkeit, kann auch über die Art der Hinterlegung usw. nähere Anordnungen treffen, s. EG. Art. 144/5, natürlich nicht im Widerspruch zum BGB.

Daß die Hinterlegung gerade bei der Stelle des Leistungsortes geschehe, ist zwar vorgeschrieben (§ 374), aber — anders als nach Landrecht § 214 — nicht wesentlich für die Gültigkeit. Dagegen ist Hinterlegung bei einem dritten ganz ausgeschlossen, selbst im Falle von § 383. Anders HGB. Art. 343.

3. **Personen:** Das Recht der Hinterlegung steht dem **Schuldner** zu unter den Voraussetzungen des § 372. Ein **dritter** hat das Recht im allgemeinen nicht, wenn er auch wirksam die Leistung anbieten kann (Planck Nr. 3; a. A. Mot. S. 98, ferner Mühsam S. 33, Rosenberg, Iherings Jahrb. **43** 225/7; gegen sie schon oben zu § 267 Nr. 6), wohl aber wird es ihm in einigen besonderen Fällen zugebilligt, so in den §§ 268, 1142, 1224.

4. **Form:** Die Hinterlegung geschieht durch Privatakt des Schuldners; ein Vorverfahren mit qualifizierter Aufforderung des Gläubigers u. dergl. ist dem BGB. fremd, s. Mot. S. 97. Etwaiger Streit über Rechtmäßigkeit und Wirkung des Aktes ist gegebenenfalls im ordentlichen Prozeßwege auszutragen.

5. **Rechtsverhältnis.** Die Hinterlegungsstelle kann, wenn ihr an sich geeignete Gegenstände angeboten werden, die Annahme nicht ablehnen; insbesondere steht ihr eine Prüfung der zivilrechtlichen Voraussetzungen des § 372 nicht zu. Es ist angesichts dessen und beim Fehlen jeden privaten Zweckes grundsätzlich zum mindesten zweifelhaft, ob in der Hinterlegung ein eigentlicher Hinterlegungs- oder sonstiger privatrechtlicher Vertrag zwischen dem Hinterlegenden und der Behörde abgeschlossen werde, s. darüber und dagegen Oertmann im ArchZivPrax. **79** 214 ff.; v. Schey, Obligationsverhältnisse des österr. Privatrechts S. 348. Indes kann man kaum bezweifeln, daß das BGB. daraus in der Tat einen privatrechtlichen Anspruch auf Rückerstattung gewährt, s. nam. §§ 233, 373, 376/7. Allerdings nehmen auch für das geltende Recht einige Autoren eine öffentlich-rechtliche Natur des Hinterlegungsverhältnisses an, so Endemann S. 818 und Kopf aaO., aber im Widerspruch zu allen anderen Schriftstellern und ohne zwingende Gründe. Richtig ist freilich, daß der Hinterlegungsstelle ein „Rechtszwang zum Kontrahieren" obliegt, aber ein solcher findet sich nicht minder in zahllosen anderen Fällen (z. B. bei Eisenbahnen und anderen Transportanstalten, vielleicht beim Theater und bei Wirtshäusern (s. Biermann, Iherings Jahrb. **32** 267 ff.), wo zweifellos privatrechtliche Geschäfte in Frage stehen. Endemanns Darlegung, es liege kein Verwahrungsantrag vor, beweist vielleicht gegen diesen, nicht aber auch einen etwaigen anderen Vertragstypus. Auch Kopfs grundsätzlich sehr annehmbare Gesichtspunkte schlagen gegenüber dem positiven Gesetze nicht durch, besonders nicht gegenüber dem zwar nicht gerade unseren, aber einen in Bezug auf das streitige Problem wesentlich gleichartigen Hinterlegungsfall behandelnden § 233. Denn daß die danach dem Pfandrecht des Destinatärs unterworfene Forderung gegen die Hinterlegungsstelle als privatrechtliche gedacht sei, läßt sich nicht füglich bestreiten.

Anders freilich neuestens der preußische Kompetenzgerichtshof vom 26. III. 1904, DJZ. **04** 655. Das BGB. bestimmt danach nichts über die Natur des Verhältnisses zwischen den Parteien und der Hinterlegungsstelle, überläßt ihre Beurteilung vielmehr der landesrechtlichen Regelung. Diese kann somit die Frage dem öffentlichen Recht zuweisen, unter Ausschluß des Rechtswegs, und für Preußen ist das in der Tat nach wie vor anzunehmen.

Zweifelhaft ist freilich die Art des nach dem hier verfochtenen Standpunkt vorhandenen Vertrages. Die meisten halten einen Verwahrungsvertrag für vorliegend, so Dernburg, Hellwig aaO. S. 444, Planck, Vorbem. 4, Rosenberg, Iherings Jahrb. **43** 236. Beer S. 53—5 dagegen will von einem besonderen Hinterlegungsvertrag geredet wissen; er macht mit Recht darauf aufmerksam, daß die Bestimmung der hinterlegten Sachen zur Herausgabe an den Gläubiger kein Nebenbestandteil, sondern der die Grundfärbung abgebende, dasselbe von der bloßen Verwahrung scheidende

Hauptzweck des Geschäftes sei. Immerhin ist auch dieser besondere Hinterlegungsvertrag in demselben Sinne wie die Verwahrung **Realvertrag** (s. auch Crome S. 276).

6. Die **Wirkungen** der Hinterlegung bestimmen sich in ihrer Richtung auf das alte Schuldverhältnis nach §§ 378/9, s. Bem. dazu. Eine andere Frage ist aber, welche Rechte der Gläubiger aus dem Akte erwirbt. Es sind hier die obligatorischen und die dinglichen zu scheiden.

a) **Obligatorische Wirkungen:**

Schon die Römer gaben dem Gläubiger eine actio utilis gegen den Empfänger (l. 19 C. IV, 32), und daß heute eine Klage stattfindet, ist nicht nur angesichts der Anerkennung von Verträgen auf Leistung an dritte anzunehmen, sondern auch positiv zu folgern aus §§ 373 (mittels argumentum a contrario), 382, ferner auch aus 376 Abs. 2, 380. Ob der Hinterlegungsvertrag darum freilich geradezu zu den Verträgen auf Leistung an dritte gehöre, ist zweifelhaft, dagegen Stammler S. 239, der nur eine Verwandtschaft zugibt, und meine Aufl. 1 (ebenso). Aber daß der Gläubiger hier das Recht „ohne weiteres" erwirbt, ist kein Grund gegen die Gleichstellung: denn immerhin erwirbt er es auf Grund der Bestimmungen des Hinterlegenden, der es daher auch einschränken kann, s. § 372, und daß er es nur gegen Verlust des alten Rechts erwirbt, trifft einmal streng genommen nicht immer zu (s. § 379 Abs. 1), und läßt sich zum andern zwar vielleicht gegen den früheren engeren Begriff eines Vertrages zu Gunsten dritter, aber nicht gegen den allgemeineren eines Vertrages auf Leistung an solche verwerten. Man wird daher mit der herrschenden Lehre die Gleichstellung annehmen dürfen, so auch Beer S. 56 ff., Cosack § 110, III, Crome S. 277, Dernburg § 123, II, Goldmann-Lilienthal S. 415, Hellwig S. 445, Hirsch, Gläubigerverzug S. 285—6, Müller S. 474, Planck, Vorbem. 5b, Schollmeyer Nr. 4.

Andere reden von einem Erfüllungsangebot (so früher Endemann, anders jetzt S. 811), aber dagegen spricht, daß der Empfänger aus einem solchen doch erst durch die Annahme wirkliche Rechte erwirbt, während das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag von seiner Annahme völlig unabhängig ist.

Es kann natürlich der Hinterlegende, wie gesagt, dies Recht des Gläubigers mit voller Wirkung der Hinterlegungsstelle gegenüber beschränken, § 373, und normalerweise durch Rücknahme seinerseits vernichten, § 376. Ebenso wirkt auch wohl schon der bloße **Widerruf** des Hinterlegenden, Hellwig S. 447, natürlich nur bei rücknehmbarer Hinterlegung, oder Bezeichnung eines anderen Gläubigers (so auch Kipp-Windscheid S. 422, Schollmeyer Nr. 1 zu § 376). Davon abgesehen erlischt dasselbe mit Ablauf von 30 Jahren, § 382.

b) **Dingliche Wirkungen:**

An sich sind mit der Hinterlegung keinerlei dingliche Wirkungen verbunden, so auch Beer S. 116 ff., Crome S. 277, 281 ff., Endemann S. 811, Enneccerus S. 516. Anders Hellwig S. 456, der mit der nichtrücknehmbaren Hinterlegung einen Eigentumsübertragungsakt als eingetreten erachtet. Aber alsdann wäre die Hinterlegung nichts besonderes, als was sie doch im Gesetz behandelt wird, sondern einfach ein Fall der Zahlung an einen Vertreter des Gläubigers. Wenn § 378 die Befreiung durch Hinterlegung als etwas besonderes hervorhebt; so doch offenbar, weil die Regeln über die Erfüllung für diesen Erfolg nicht zureichen würden. Gegen Hellwig auch Beer S. 171 ff.

Wohl aber liegt in der Hinterlegung einer — dem Gläubiger nicht schon ohnedies gehörigen und auch nicht in das Eigentum der Hinterlegungsstelle übergehenden — Sache eine Traditionsofferte (zu Unrecht dagegen Rosenberg aaO. S. 236), durch deren Annahme der Gläubiger Eigentum erwerben kann, auch ohne daß eine Herausgabe der Sache an ihn hinzutreten müßte. Denn die Hinterlegungsstelle übt den Besitz bestimmungsgemäß allein für den Gläubiger aus, bei der nichtrücknehmbaren Hinterlegung von Anfang an, bei der zunächst rücknehmbaren wenigstens von dem Zeitpunkt an, wo sie durch Annahmeerklärung (§ 376 Abs. 2 Nr. 2) des Gläubigers zu einer nichtrücknehmbaren geworden ist. Das körperliche Element der Besitzübergabe liegt also spätestens von dieser Annahmeerklärung ab vor (im Sinne eines Besitzerwerbes durch Stellvertreter), und braucht nicht noch besonders hergestellt zu werden. Nur da, wo die Hinterlegungsstelle selbst Eigentümerin geworden war, muß noch eine körperliche Übergabe an den Gläubiger stattfinden, um ihn zum Eigentümer zu machen.

Weniger empfehlenswert dürfte es sein, mit Schollmeyer Nr. 3 und Enneccerus mit einer entsprechenden Anwendung des § 931 zu operieren, da es einerlei sein müsse, ob man einen vorhandenen Herausgabeanspruch abtrete oder durch Vertrag auf Leistung an dritte einen Herausgabeanspruch des Erwerbers neu schaffe. Aber es fehlt bei der Hinterlegung doch die bei der Abtretung vorhandene Mitwirkung des Erwerbers; will man um deswillen mit Schollmeyer noch einen Aneignungsakt desselben erfordern, so kommt man zu unserem Ergebnis, nur auf minder einfachem Wege. Und wie soll die Annahmeerklärung gegenüber der Hinterlegungsstelle Annahme der Abtretungsofferte des Schuldners sein?

c) Die geschilderten Gerechtsame des Gläubigers sind von weiteren Voraussetzungen nicht abhängig:

α) Insbesondere nicht davon, daß die Herausgabe nichtrücknehmbar ist. Anders Mühsam S. 66, 69 ohne Grund. Denn die Fragen nach der Rücknehmbarkeit der Herausgabe und nach den Rechten des Gläubigers haben nichts miteinander zu tun: die eine bezieht sich auf das Verhältnis des Schuldners zum Gläubiger einer-, zur Hinterlegungsstelle andererseits, die andere auf das Verhältnis des Gläubigers zur Hinterlegungsstelle. Daß dieses durch die Rücknehmbarkeit der Herausgabe nicht in Frage gestellt werde, ergibt § 382, wonach das Recht des Gläubigers in 30 Jahren erlischt und der Schuldner dann rücknehmen kann, auch — also nicht nur — wenn er auf das Rücknahmerecht verzichtet hat. Daß das Nebeneinanderbestehen von Rechten des Gläubigers und des Schuldners einen Widerspruch in sich bildeten, ist eine mehr als seltsame Behauptung Mühsams, S. 70; übrigens liegt es in unserem Fall auch nach der hier verfochtenen Lehre nicht vor, s. Bem. 1 zu § 376.

β) Das Recht des Gläubigers ist auch nicht abhängig vom wirklichen Bestehen der Schuld, die durch die Herausgabe getilgt werden sollte, s. Müller S. 478, 494. Denn der Vertrag auf Leistung an dritte hat seinen eigenen Rechtsgrund, ist von dem Kausalverhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem dritten ganz unabhängig, s. Vorbem. 2 vor § 328.

§ 372.

Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten kann der Schuldner bei einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle für den Gläubiger hinterlegen, wenn der Gläubiger im Verzuge der Annahme ist. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde oder infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann.

E. I 272[1], E. II 327[1], RB. 366. — Mot. S. 91—6, Prot. S. 342—8, 349—50, 58.

1. **Objekte:** Entw. I erklärte nur Geld und Wertpapiere für hinterlegungsfähig; erst Entw. II nahm die sich aus dem § 372 ergebende Erweiterung vor. Wegen des Begriffes „Geld" s. die Lehrbücher, auch Müller S. 447, der gegen Laband annimmt, daß derselbe hier nicht in technischem, sondern in usuellem Sinne gebraucht sei. Die Frage ist wenig bedeutsam, da das usuelle Geld mindestens als „Kostbarkeit" hinterlegt werden kann. Auch die Abgrenzung der „Wertpapiere" (s. dazu Vorbem. vor § 793 und die dort zitierte Schrift von Jacobi, ferner Müller S. 447) ist hier wenig wichtig, da auch andere Urkunden hinterlegungsfähig sind. Über den Begriff der Urkunden s. ZPO. §§ 415ff., BGB. § 810 und Bem. dazu; derjenige der „Kostbarkeiten" bestimmt sich durch die Auffassung des Lebens: es werden Dinge von im Vergleich zu ihrem Volumen unverhältnismäßig großem Wert darunter zu verstehen sein: Schmucksachen, Edelsteine, ausländisches und Papier-Geld, seltene Münzen und Briefmarken, auch alte Handschriften usw. — Über die Erweiterung des Kreises durch Landesrecht s. Vorbem. Nr. 1.

2. **Fälle.** Die Hinterlegung ist statthaft (s. dazu Müller S. 430ff.):

a) bei Annahmeverzug des Gläubigers, §§ 293ff.

b) bei andern in dessen Person liegenden Gründen, z. B. Abwesenheit, Verschollenheit, Mangel der Geschäftsfähigkeit ohne Vorhandensein eines Vertreters; objektive Ungewißheit der Person des Gläubigers, etwa bei Erbfall; Arrest über die Forderung.

c) auch bei bloß subjektiver, aber nicht auf Fahrlässigkeit beruhender Ungewißheit über die Person des Gläubigers: wenn sich ein alter Gläubiger und zugleich ein angeblicher Zessionar, oder wenn sich mehrere solche melden, ferner ~~im Fall von § 410~~. Und zwar kommt nicht nur rechtliche, sondern auch faktische Ungewißheit in Betracht, s. Erk. des RG. bei Seuffert 46 Nr. 181 S. 282. Dies natürlich nur, wenn sie auch objektiv berechtigt war, denn andernfalls beruht sie auf Fahrlässigkeit. Der Zweifel muß „ein solcher sein, den auf seine Gefahr zu lösen dem Schuldner nicht zugemutet werden kann", Seuffert 58 Nr. 116 S. 221. Dabei trifft den Schuldner in der Regel zunächst noch eine Prüfungspflicht in Bezug auf die Person des Gläubigers; er darf erst hinterlegen bei Erfolglosigkeit der Prüfung, RG. ZS. II vom 23. IX. 1904, Bd. 59 Nr. 6 S. 18.

Beispiele sind noch: der Gläubiger hat keine ausreichenden Beweis- oder Legitimationsurkunden (Müller S. 432); es ist zweifelhaft, zu welchen Anteilen die mehreren Mitgläubiger beteiligt, ob sie Gesamt- oder Teilgläubiger sind (BayOLG. 24. IX. 1902, Recht 05 42, Seuffert 58 Nr. 116, S. 219 ff.).

Auf die Gründe der Ungewißheit kommt überall nichts an, BayOLG. aaO. S. auch ZPO. § 75.

3. **Verschulden** des Gläubigers ist nirgends Voraussetzung der zulässigen Hinterlegung, anders als nach dem Code Art. 1257 ff.

4. **Beweis**: Das Vorhandensein der Erfordernisse des § 372 muß der Schuldner gegebenenfalls natürlich beweisen.

5. Ist die Hinterlegung ungültig, wenn andere als die geeigneten Gegenstände hinterlegt worden sind; wenn die Voraussetzungen zu Nr. 2 nicht vorlagen; wenn der Destinatär in Wahrheit gar nicht Gläubiger war?

Die Hinterlegungsstelle wird in der Regel andere Gegenstände nicht annehmen; hat sie es aber doch getan, so ist zwar nicht einzusehen, warum der Gläubiger daraus nicht ihr gegenüber die entsprechenden Rechte gewinnen solle. Aber auf das Verhältnis von Gläubiger und Schuldner wird solche inkorrekte Hinterlegung schwerlich einwirken können; die Regeln der §§ 378—9 setzen offenbar eine dem § 372 entsprechende Hinterlegung voraus. Einen Beweis dafür, daß die Voraussetzungen der Hinterlegung erfüllt seien oder daß der bezeichnete dritte wahrer Gläubiger sei, wird die Hinterlegungsstelle in der Regel nicht verlangen, ja nicht einmal verlangen dürfen. Fehlt es an einem der gedachten Momente, so gilt das eben gesagte: auf das Verhältnis des Schuldners einer-, des bezeichneten dritten zur Hinterlegungsstelle andererseits übt das keinen Einfluß, wohl aber auf das Verhältnis der beiden Erstgenannten zueinander. Die den Vorbedingungen des § 372 nicht entsprechende Hinterlegung kann das Recht des Gläubigers nicht beeinträchtigen; sie ist eben keine Hinterlegung im Sinne unseres Titels, so auch RG. 23. IX. 1904, Bd. 59 Nr. 6 S. 17.

Ferner muß die Hinterlegung, um dem Gläubiger gegenüber zu wirken, seine Person bezeichnen, bei mangelnder Gewißheit darüber wenigstens soweit wie möglich, s. den Fall des OLG. Hamburg bei Seuffert 60 Nr. 205 S. 386 ff.

Dagegen die nur bei einer unrichtigen Hinterlegungsstelle vollzogene Hinterlegung ist wirksam, begründet freilich die dort bestimmte Ersatzpflicht.

6. **Pflicht zur Hinterlegung?** Dem Rechte zur Hinterlegung kann möglicherweise eine Pflicht dazu entsprechen — so wenn die Schuld fällig und auf andere Weise nicht zu tilgen ist. Dann tritt an Stelle der Zahlungs- die Hinterlegungspflicht; der Gläubiger kann gegebenenfalls auf Hinterlegung klagen, auch wenn er, etwa wegen des möglichen Vorhandenseins von Mitberechtigten, nicht Leistung an sich verlangen könnte, s. OLG. Marienwerder 9. I. 1900 bei Seuffert 55 Nr. 199 S. 395.

§ 373.

Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kann er das Recht des Gläubigers zum Empfange der hinterlegten Sache von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig machen.

E. II 322, RV. 367. — Prot. S. 345—8.

1. **Anwendungsfälle**: Gedacht ist hier an die Fälle des Zurückbehaltungsrechtes (§ 273) und der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320), s. auch §§ 255, 368 usw. Dabei erwirbt der Gläubiger zwar auch ein Recht, aber nur ein beschränktes. S. auch § 380.

Ob das Recht dann als ein aufschiebend bedingtes im technischen Sinne bezeichnet werden darf (so Aufl. 1, Hellwig S. 451, dagegen Müller S. 453), ist zweifelhaft und wohl nicht zu bejahen; in den genannten Fällen stehen wirklich vorhandene und nur durch Einrede beschränkte Rechte in Frage. Doch kann der Schuldner das Recht des Gläubigers unter Umständen auch von einer wirklichen Bedingung abhängig machen, z. B. wenn dessen Forderungsrecht selbst nur entsprechend bedingt ist.

Derlei Beschränkungen können dem Rechte des Gläubigers auch nachträglich hinzugefügt werden, solange dasselbe noch nicht nach § 376 unwiderruflich geworden war, s. Kipp zu Windscheid S. 422.

2. Statt dessen und daneben kann der Schuldner nach der Hinterlegung auch **auf Vornahme der Gegenleistung klagen**. Ob man alsdann dem Gläubiger die Befugnis zubilligen muß, diese Gegenleistung bis zur Abgabe eines Rücknahmeverzichtes des Schuldners zu verweigern, § 376 Abs. 1, ist zweifelhaft. Dafür Schollmeyer Nr. 2 und meine Aufl. 1, weil sonst trotz Leistung des Gläubigers der Schuldner nachher noch das Depot zurücknehmen könne. Aber der Gläubiger kann doch das gleiche Ergebnis (s. Nr. 3) auch seinerseits durch Annahmeerklärung herbeiführen!

3. Kann auch im Falle von § 373 der Gläubiger schon die Annahme erklären im Sinne von § 376 Abs. 2? Das ist anzunehmen, da ihm immerhin auch hier ein Recht verliehen wird, wenn schon ein beschränktes.

§ 374.

Die Hinterlegung hat bei der Hinterlegungsstelle des Leistungsorts zu erfolgen; hinterlegt der Schuldner bei einer anderen Stelle, so hat er dem Gläubiger den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Der Schuldner hat dem Gläubiger die Hinterlegung unverzüglich anzuzeigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet. Die Anzeige darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist.

E. I 273[1], E. II 323, RV. 368. — Mot. S. 97—8, Prot. S. 348.

1. Der **Leistungsort** bestimmt sich nach §§ 269/70, in der Weise, daß geschuldetes Geld am Bestimmungsorte zu hinterlegen ist, trotz § 270 Abs. 4 — denn die Hinterlegung darf dem Gläubiger keine Mehrkosten aufbürden. So Planck Nr. 1. Die Hinterlegung an einem andern Ort ist nicht ungültig, verpflichtet aber den Hinterlegenden zum Ersatz gemäß §§ 249ff.

2. Die **Anzeige** des Abs. 2 ist empfangsbedürftige Erklärung nach §§ 130ff., die Folgen ihrer Unterlassung sind dieselben wie bei Abs. 1. S. Preußische Hinterlegungsordnung § 19 Abs. 5. — Sie ist untunlich in den Fällen von § 132 Abs. 2, aber natürlich erst recht bei objektiver Ungewißheit des Berechtigten (§ 372, Bem. 2b) und überhaupt bei unverhältnismäßigen Mühen und Kosten, s. § 303, Bem. 3. Es kann zwar auch in den ersteren Fällen eine öffentliche Zustellung erfolgen, aber für verpflichtet dazu wird man den Hinterlegenden nicht erachten dürfen.

3. Über den Begriff **„unverzüglich“** s. Bem. zu § 121.

4. Zur Beifügung des **Hinterlegungsscheines** ist der Schuldner bei der Anzeige nicht verpflichtet, RG. vom 6. V. 1903, JW. 32 Beil. S. 79.

§ 375.

Ist die hinterlegte Sache der Hinterlegungsstelle durch die Post übersendet worden, so wirkt die Hinterlegung auf die Zeit der Aufgabe der Sache zur Post zurück.

E. II 324, RV. 369. — Prot. S. 348—9, 360—1.

1. Die Bestimmung des § 375 ist von der 2. Kommission im Interesse des Schuldners beigefügt, während E. I § 280 eine derartige Vorschrift dem Landesrecht überlassen wollte.

2. § 375 greift nur Platz, wenn nachher die Hinterlegung erfolgt ist, das ergibt der Wortlaut. Daß der Gläubiger auch die Gefahr der Übersendung trage, ist damit also nicht gesagt, s. Planck, Abs. 2.

§ 376.

Der Schuldner hat das Recht, die hinterlegte Sache zurückzunehmen.

Die Rücknahme ist ausgeschlossen:

1. **wenn der Schuldner der Hinterlegungsstelle erklärt, daß er auf das Recht zur Rücknahme verzichte;**
2. **wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt;**
3. **wenn der Hinterlegungsstelle ein zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ergangenes rechtskräftiges Urteil vorgelegt wird, das die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt.**

E. I 274, E. II 325, RV. 370. — Mot. S. 98—9, Prot. 350.

1. **Rücknahmerecht**: Trotz des Rechtes des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag billigt das BGB. auch dem Schuldner noch das Recht auf Rücknahme zu, womit offenbar zusammenhängt, daß die Hinterlegung als solche nicht befreiend wirkt, sondern dem Schuldner nur eine Einrede gewährt, § 379.

Die rechtliche Konstruktion des Rücknahmerechts ist zweifelhaft. In Aufl. 1 wurde es bezeichnet als ein wahres subjektives Recht, das sich im Sinne des BGB. aus dem anzunehmenden Hinterlegungsvertrage zwischen ihm und der Hinterlegungsstelle ableitet. Das ist aber bedenklich, s. Beer S. 67—9, Müller S. 488 und dort Zitierte. Keinenfalls ist es ein Anspruch, sondern ein Recht des rechtlichen Könnens im Sinne Zitelmanns, die rechtliche Macht, durch Erklärung den Anspruch auf Rücknahmerecht zu erlangen und dadurch das Recht des Gläubigers auszuschließen. Das ergibt sich aus der Möglichkeit des einseitigen Verzichtes, Abs. 1 Nr. 2, die zu einem Forderungsrecht nicht paßt (s. § 397), und aus dem Fehlen einer Verjährung.

Jedenfalls ist das Rücknahmerecht des Schuldners gemäß dem § 377 dem Zugriff seiner Gläubiger entzogen. Ebensowenig hat ein sonstiger dritter das Recht der Zurücknahme für den Schuldner (Bürge, Gesamtschuldner), s. Kohler S. 223.

Aus der hier vertretenen Auffassung folgt übrigens, daß im Grunde nie Gläubiger und Schuldner zugleich einen Anspruch auf die hinterlegten Gegenstände haben können. Denn solange dieser das Rücknahmerecht noch nicht ausgeübt hat, steht ihm kein Rückforderungsanspruch zu; hat er es aber ausgeübt, so ist damit der Anspruch des Gläubigers notwendig ausgeschlossen, Beer S. 78.

2. **Die Ausübung des Rücknahmerechts** kann sich vollziehen:

a) Durch tatsächliche Rücknahme.

b) Durch Erhebung der Klage auf Rückgabe (Beer S. 73).

c) Auch wohl durch bloße Erklärung sowie durch Widerruf des Gläubigerrechts.

3. **Das Rücknahmerecht erlischt**, von der durch den Gläubiger vollzogenen Abhebung des Depositum abgesehen, in den drei Fällen des Absatzes 2, also:

a) bei **Rücknahmeverzicht** (S. dazu Kohler S. 219 ff.). Dieser ist, als einseitige, empfangsbedürftige Erklärung im Sinne der §§ 130 ff., der Hinterlegungsstelle — also nicht dem Gläubiger — gegenüber zu erklären. Auch wirkt er, ohne daß es einer Annahme des Gläubigers bedarf: denn sonst könnte ein renitenter Gläubiger die Befreiung des Schuldners durch nichtrücknehmbare Hinterlegung (§ 378) stets verhindern. Der Verzicht kann sowohl bei der Hinterlegung erklärt werden, wie auch später: er dürfte nach seinem Zweck wohl nicht die Beifügung einer Bedingung oder Befristung vertragen.

Ein Verzicht dritten (etwa dem Bürgen oder auch dem Gläubiger) gegenüber kann höchstens eine persönliche Verpflichtung gegen den Adressaten erzeugen, vom Rücknahmerecht keinen Gebrauch zu machen. So auch Goldmann-Lilienthal S. 416 und dort Zitierte, anders Hellwig S. 450, der im Verzicht gegenüber dem Gläubiger eine Abtretung des Rückforderungsrechtes sieht. Aber dessen Abtretbarkeit ist sehr zu bezweifeln, s. Nr. 1 zu § 377.

Ausnahmsweise ist dem Schuldner trotz Verzichtes ein Rücktrittsrecht zuzubilligen (s. Mot. S. 100):

α) bei durch Urteil für unrechtmäßig erklärter Hinterlegung: denn dann fällt die Sachlage offenbar gar nicht unter §§ 372 ff. Dagegen kann der Schuldner sonst unter dem Vorgeben der Unrechtmäßigkeit seiner Hinterlegung nicht das Hinterlegte zurückfordern, sondern nur mit einem Bereicherungsanspruch vom Gläubiger die Einwilligung in die Rücknahme erheischen (s. β).

β) Ob auch bei Einwilligung des Gläubigers? (zu dieser schwierigen Frage auch Schollmeyer Nr. 2a β). Ein Verzicht auf seine durch die Erklärung des Schuldners erworbenen weiteren Rechte muß ihm freilich offenstehen. Aber das Rücknahmerecht, wenn einmal beseitigt, kann dadurch nicht wieder hergestellt werden, schon weil es gar kein Recht gegenüber dem Gläubiger ist. Es bleibt also nichts übrig, als in der „Einwilligung" des Gläubigers eine Abtretung seines Herausgabeanspruchs zu erblicken. Der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner wird dadurch nicht wiederhergestellt, es bedarf also noch eines neuen Versprechens von gleichem Inhalt wie die alte Schuld.

Unter Umständen ist der Gläubiger zu einer solchen Einwilligung verpflichtet, s. oben α, Müller S. 492 (der sich aber über ihren rechtlichen Charakter nicht äußert).

γ) im Fall des § 382.

δ) gemäß dem § 75 ZPO.

b) **bei Annahmeerklärung des Gläubigers**, auch diese gemäß §§ 130 ff. der Hinterlegungsstelle, nicht dem Schuldner, gegenüber. Bei Mehrheit der Gläubiger muß die Erklärung eines einzigen genügen (s. Mot. S. 99), wenn sie solidarisch berechtigt sind (§§ 422, 429), andernfalls müssen alle zusammen erklären, § 432.

Über den **rechtlichen Charakter** der Annahmeerklärung s. Beer S. 74. Sie bedeutet keinen Erwerbsakt, sondern nur die Erfüllung einer Bedingung, von der die Unwiderruflichkeit des Gläubigerrechts bisher abhing.

War das Recht des Gläubigers bisher nach § 373 oder 385 beschränkt, so kann er es trotzdem durch Annahmeerklärung unwiderruflich machen (Kipp-Windscheid S. 422), was aber natürlich auf die vorhandene sonstige Beschränkung keinen Einfluß ausübt, s. Mot. S. 96, 100.

c) **Vorlegung eines Urteiles** im Sinne von Abs. 2 Z. 3. Sie kann sowohl der Gläubiger wie der Schuldner vollziehen. Ob das Urteil auf Leistung oder Feststellung geht, ist gleichgültig, insbesondere wird auch ein Urteil im Sinne von § 75 ZPO. dazu genügen, einerlei, ob man darin ein End- oder Zwischenurteil erblickt (s. Seuffert, Kommentar dazu Nr. 3).

Dahin gehört auch wohl ein Urteil, in dem der Gläubiger unter Berufung auf BGB §§ 378/9 abgewiesen wird. Denn das konnte nur bei Rechtmäßigkeit der Hinterlegung erlassen werden. Das Urteil müßte also diese Rechtmäßigkeit implicite bejahen, um so ergehen zu können. Wollte man ein derartiges Urteil nicht unter Z. 3 rechnen, so ergäbe sich die sinnwidrige Möglichkeit, daß der Anspruch des Gläubigers abgewiesen wird, der Schuldner aber trotzdem die Hinterlegung zurücknimmt.

d) Außerdem verliert der Schuldner sein Rücknahmerecht zwar wohl nicht durch dessen Abtretung an den Gläubiger (Hellwig S. 450, s. dagegen Bem. 1 zu § 377), wohl aber durch Abtretung des durch seine Ausübung erworbenen Rückerstattungsanspruches. S. auch Schollmeyer Nr. 2a.

§ 377.

Das Recht zur Rücknahme ist der Pfändung nicht unterworfen.

Wird über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet, so kann während des Konkurses das Recht zur Zurücknahme auch nicht von dem Schuldner ausgeübt werden.

E. I 277, E. II 326, RB. 371. — Mot. S. 277—8, Prot. S. 352—4.

Literatur: Hellwig S. 457ff.

1. § 377 gibt eine aus praktischen Gründen angeordnete **Ausnahme von dem** Prinzipe des § 376 Abs. 1. Danach ist das Rücknahmerecht nur ein höchstpersönliches Recht, das durchaus nicht zum Vorteil dritter dienen soll. Folgerecht wird seine Verpfändbarkeit verneint, Abs. 1, woraus auch folgt, daß es nicht zur Konkursmasse gehört (E. I § 277, s. ferner die Worte § 377 Abs. 2: auch nicht von dem Schuldner). Damit wäre nun noch nicht ausgeschlossen, daß der Gemeinschuldner es während des Verfahrens ausüben und dadurch den Gegenstand in die Konkursmasse ziehen könne. Darum mußte dies durch Abs. 2 noch besonders untersagt werden.

Was vom Konkurse gilt, muß zweifellos auch analog auf die Fälle des Nachlaßkonkurses und der Nachlaßverwaltung ausgedehnt werden, Kohler S. 224. Denn der Grund ist derselbe: nach § 377 ist das Rücknahmerecht eben als höchstpersönliches, nicht zum Besten dritter zu verwendendes Recht anzusehen.

Ebenso folgt aus § 377 die Unzulässigkeit einer Aufrechnung seitens des Staates gegen den Rücknahmeanspruch, § 394.

Streitig ist nur die Frage nach der Abtretbarkeit des Rücknahmerechts, sei es an den Gläubiger (s. auch Bem. 3d zu § 376), sei es auch an dritte. Gegen die Abtretbarkeit spricht, daß § 400 sie bei unpfändbaren Forderungen verneint, und wenn auch das Rücknahmerecht keine Forderung ist (s. Bem. 1 zu § 376), so tut das doch der analogen Verwendbarkeit um so weniger Eintrag, als die Abtretbarkeit eines bloßen Rechtes des rechtlichen Könnens schon an sich ferner, nicht näher liegt als die eines Anspruches. Auch innere Gründe sprechen gegen die Abtretbarkeit, denn § 377 dient in Wahrheit nicht, wie deren Anhänger behaupten, dem Interesse des Schuldners, sondern auch dem des Gläubigers: die in der Entwicklung begriffene Erfüllungshandlung soll tunlichst ungestört bleiben durch Eingriffe dritter, die nicht, wie der Schuldner, an ihrer Vollendung selbst interessiert sind. So auch Kohler S. 182ff., Planck Nr. 1, Kaufmann Nr. 2b, anders Dernburg § 123 Anm. 8, Crome § 190 Anm. 18, Hellwig S. 461ff., Kisch bei Grünhut **29** 353, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 1, Schollmeyer Nr. 1a.

2. Der § 377 **schließt nur die Ausübung des Rücknahmerechtes aus**; ist es bereits vor der Konkurseröffnung vom Schuldner durch Erklärung ausgeübt, so können auch der Gemeinschuldner bezw. Verwalter den nunmehr vorhandenen wirklichen Anspruch weiter verfolgen, Kohler S. 225, Beer S. 91ff.

3. Einem **Verzicht** des Schuldners auf das Rücknahmerecht während des Konkurses steht der § 377 nicht entgegen; denn es ist eben kein durch den Konkurs vinkuliertes Vermögensaktivum, Kohler S. 224, anders Hellwig. Wenn Kohler aber auch dem Verwalter die Verzichtsbefugnis einräumt (S. 225, ebenso Müller S. 504), so ist das unbewiesen und bedenklich.

4. **Nach Beendigung des Konkurses** kann der Schuldner das vorhandene Rücknahmerecht wieder ausüben: denn § 377 hatte es ihm nicht endgültig genommen, sondern nur seine Ausübung solange suspendiert.

5. Kann der **Gläubiger** während des Konkurses über das Vermögen des hinterlegenden Schuldners die hinterlegten Stücke abheben und zu Eigentum erwerben? Dafür die herrschende Lehre, so Beer S. 101; Jäger Aufl. 2 zu KO. § 1 Anm 29; Müller S. 503; Planck Nr. 2; Schollmeyer Nr. 1b a. E.; dagegen Hellwig S. 464ff. Richtig ist allerdings, daß das Eigentum an den hinterlegten Stücken möglicherweise noch dem Schuldner gehört. Aber § 377 bringt deutlich zum Ausdruck, daß dieselben während des Konkurses nicht als Vermögensaktiva des Schuldners angesehen und behandelt werden sollen, und darum fehlt jeder Grund dafür, sie dem Zugriffe auch des Gläubiger zu entziehen — müßten sie doch sonst vielleicht Jahre lang, bis zur Entwertung, brach und unverwertbar bei der Hinterlegungsstelle liegen bleiben! Offenbar ist der wahre Gedanke des § 377, die hinterlegten Stücke dem Gläubiger im Verhältnis zu dritten zu sichern; sollen diese sie nicht für sich verwerten dürfen, so fehlt für sie auch jeder Grund, sie dem Erwerb durch den Gläubiger zu entziehen.

Wollen die anderen Gläubiger die Hinterlegung nicht gegen sich wirken lassen, so steht ihnen (bezw. dem Verwalter) nach den allgemeinen Regeln des Konkursrechtes die Anfechtung des Hinterlegungsaktes zu; ist und bleibt dieser aber als solcher

wirksam, so können sie unmöglich den Gläubiger hindern, durch Annahmeerklärung die einfache Konsequenz daraus zu ziehen.

6. § 377 bezieht sich nur auf die Fälle der **rücknehmbaren Hinterlegung**; für die andern bedurfte es einer besonderen Bestimmung selbst dann nicht mehr, wenn das Eigentum der hinterlegten Sache noch dem Schuldner verblieben war. Das folgt a fortiori aus § 377 und aus der Erwägung, daß die nicht rücknehmbare Hinterlegung nach § 378 als Leistung an den Gläubiger wirkt.

7. Die Regel des § 377 findet **keine Anwendung** in folgenden Fällen:

a) wenn die Schuld inzwischen anderweit erloschen ist, oder wenn es in Wahrheit an den sonstigen Voraussetzungen der Hinterlegung fehlen sollte. Alsdann kann sowohl der Konkursverwalter die hinterlegten Sachen zur Masse ziehen, als auch ein dritter Gläubiger den Anspruch pfänden lassen, Hellwig S. 460, Jäger zu § 1 KO. Anm. 30.

b) im Falle des § 382. Denn hier steht das Rücknahmerecht materiell unter dem Gesichtspunkt einer gewöhnlichen condictio sine causa, Kohler S. 330; s. auch Jäger aaO., Hellwig S. 459—60.

Auch wird ein etwa vorhandenes Anfechtungsrecht der Gläubiger durch § 377 nicht beeinträchtigt (s. auch Hellwig S. 458ff.).

§ 378.

Ist die Rücknahme der hinterlegten Sache ausgeschlossen, so wird der Schuldner durch die Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit in gleicher Weise befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte.

E. I 272², E. II 327¹, RB. 372. — Mot. S. 96, Prot. S. 350—2.

1. **Wirkung**: Die Hinterlegung wirkt nicht allgemein als wahre Zahlung, sondern nur, wenn sie nicht rücknehmbar ist (im Sinne von § 376; für die anderen Fälle s. § 379 und Bem. dazu). In diesem Falle wirkt sie aber, mag auch das Rücknahmerecht erst später erloschen sein, mit rückwirkender Kraft vom Moment ihres Vollzuges. Von da ab gelten jetzt Bürgen und Pfänder als befreit; der Schuldner kann Ausstellung einer Quittung und Rückgabe der Schuldurkunden fordern; er kann die Gegenleistung beanspruchen, ohne daß ihm noch die Einreden aus § 273 und 320 entgegenständen.

Eine Modifikation erfährt das im Falle des § 380. Hier kann der Gegner die geschuldete Gegenleistung verweigern, bis ihm Zug um Zug die erforderliche Erklärung ausgestellt wird. Das ergibt sich daraus, daß ja ohne die Hinterlegung die Einrede des § 320 zuständig wäre. (Anders früher Planck Nr. 1, der aber Aufl. 3 seinen Standpunkt gewechselt hat. Wie hier auch Kisch bei Grünhut **29** 353—4, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 1a, Schollmeyer Nr. 1.) Anders nur bei Annahmeverzug nach § 274 Abs. 2, 322 Abs. 3.

2. Natürlich wirkt die Hinterlegung nur in dieser Weise, **soweit sie berechtigt war und soweit sie die Schuld tilgt**. Das muß der Schuldner gegebenenfalls beweisen. Eine teilweise Hinterlegung z. B. ist im allgemeinen unwirksam (nach § 266); erklärt der Gläubiger die Annahme, so wirkt sie, soweit sie zur Tilgung der Schuld ausreicht. Auch der Mangel der Hinterlegungserfordernisse aus § 372 dürfte durch Annahmeerklärung des Gläubigers geheilt werden, Planck Nr. 2.

§ 379.

Ist die Rücknahme der hinterlegten Sache nicht ausgeschlossen, so kann der Schuldner den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verweisen.

Solange die Sache hinterlegt ist, trägt der Gläubiger die Gefahr und ist der Schuldner nicht verpflichtet, Zinsen zu zahlen oder Ersatz für nicht gezogene Nutzungen zu leisten.

Nimmt der Schuldner die hinterlegte Sache zurück, so gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt.

E. I 275—6, E. II 327², RB. 373. — Mot. S. 98—101, Prot. S. 350—2.

1. **Die Wirkung der Hinterlegung** auf das bestehende Schuldverhältnis war im GR. streitig. Die herrschende Lehre ließ eine durch die Rücknahme resolutiv-bedingte Befreiung eintreten (Kohler in der vor § 293 zitierten Abhandlung, Windscheid § 347 Nr. 2b), während andere (Dernburg II § 62 No. 11, Ulrich und Hirsch aaO.) nur eine Hemmung des Rechts durch Einrede annahmen. Der ersten Auffassung folgte der Entwurf I § 276, während der jetzige § 379 sich für den Normalfall der rücknehmbaren Hinterlegung der zweiten angeschlossen hat: Der Schuldner wird nicht ipso iure befreit durch sie, sondern gewinnt nur eine Einrede — „kann . . . verweisen". Kohler ArchBürgR. **14** 214 sucht zwar demgegenüber seine Lehre von der resolutiv-bedingten Befreiung im Gesetze wieder zu finden, aber sicher mit Unrecht. Gegen ihn spricht auch das arg. a contrario aus § 378.

Nach dem Wortlaut des Paragraphen ist eine Abweisung der ungeachtet der Hinterlegung erhobenen Klage von Amtswegen untunlich. Auch Bürgen und Pfänder werden nicht befreit, doch steht den fraglichen Ansprüchen gleichfalls die Einrede des § 379 entgegen, s. §§ 768, 1137.

Andererseits entsteht die Einrede des § 379 bereits aus der Hinterlegung selbst, nicht erst aus einer nach vollzogener Hinterlegung vollzogenen besonderen Verweisung im Sinne einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. Das Wort „verweisen" im Texte des Abs. 1 geht lediglich auf die Geltendmachung des bereits entstandenen Einrederechts. So mit Recht RG. ZS. II vom 23. IX. 1904, Bd. 59 Nr. 6 S. 17.

Natürlich ist diese Wirkung nicht mit jeder tatsächlich erfolgten, sondern nur mit einer berechtigten, die Voraussetzungen des § 372 erfüllenden Hinterlegung verbunden, RG. aaO.

2. Außer der Einrede des Abs. 1 erzeugt die Hinterlegung noch die **weiteren Wirkungen des Abs. 2**, die denen des Annahmeverzuges entsprechen (§§ 300,2), hier aber auch ohne die Voraussetzung eines solchen Platz greifen.

Was insbesondere die Gefahrtragung des Gläubigers anlangt, so ist damit nicht das sog. periculum rei, sondern das periculum obligationis gemeint: Der Schuldner verliert durch den Untergang der hinterlegten Sachen nicht den Anspruch auf die Gegenleistung und wird seinerseits frei von seiner Schuld; s. Crome S. 285 u. Zweifelhaft ist die Behandlung des Falles, wenn die Hinterlegung wegen Ungewißheit über die Person des Gläubigers erfolgt ist (s. § 372) und nachher die Hinterlegungsstelle an einen Nichtberechtigten die hinterlegten Stücke ausliefert, was insbesondere dann vorkommen kann, wenn dieser vom Schuldner die in § 380 bezeichnete Anerkennungserklärung gutwillig oder im Prozeßwege — durch ein materiell unrichtiges Urteil — erlangt hat. M. E. muß dadurch der Schuldner frei werden, weil er zur Erfüllung der Schuld nunmehr durch Zufall unvermögend geworden ist. Das ist klar bei Speziesschulden, muß aber auch bei Gattungsschulden gelten auf Grund des mindestens sinngemäß darauf anwendbaren Abs. 2. Will man soweit nicht gehen, so bleibt noch immer die Anwendung des Abs. 1: denn es ist keinenfalls einzusehen, wieso dem Schuldner die durch die Hinterlegung erworbene Einrede der Verweisung durch derartige von seinem Willen unabhängige Umstände solle verloren gehen können; andernfalls würde dem Schuldner ja auch der Erfolg der ihm vom GB. besonders verliehenen Hinterlegung für solche Fälle aufs äußerste in Frage gestellt. Anders Hellwig SeuffBl. **69** S. 473ff., der damit helfen will, daß er dem vom angeblichen Erben verklagten Schuldner das Recht gewährt, die Vorlage des Erbscheins zu verlangen.

3. **Die Rücknahme** verleiht der Forderung mit rückwirkender Kraft wieder ihre volle Wirkung; es werden also auch wieder von rückwärts Zinsen geschuldet usw. — es liege denn Annahmeverzug vor, dessen Wirkungen freilich bestehen bleiben. Die von einzelnen vertretene Annahme, die Beseitigung der Hinterlegung geschähe nur ex nunc, mag zwar praktisch manches für sich haben, läßt sich aber gegenüber dem ganz zweifellosen Wortlaut schwerlich halten. Die Analogie des § 2143, wo allerdings wohl nur Beseitigung ex nunc eintritt, greift nicht durch: er läßt nur die

Wirkungen erlöschen, während laut § 479 geradezu der Hinterlegungsakt selbst als nie geschehen anzusehen ist.

So auch Beer S. 124, Matthiaß S. 385, Müller S. 513. Eine andere Konstruktion bei Mühsam S. 103—5: die Rücknahme konstatiere nur, daß die Hinterlegung nicht befreiend gewirkt habe. Das ist wenig befriedigend; „befreiend" hatte streng genommen die rücknehmbare Hinterlegung auch vor der Rücknahme nicht gewirkt.

Was ist unter **Rücknahme** im Sinne des Gesetzes zu verstehen? Ist tatsächlicher Rückempfang nötig, oder genügt Geltendmachung des Rechtes darauf? Für letzteres Schollmeyer Nr. 2, wohl mit Recht. Denn dem Gläubiger entzieht bereits die Ausübung des Rücknahmerechts seinen Anspruch auf die hinterlegten Stücke, und unmöglich kann der Schuldner ihn noch auf etwas verweisen, was in Anspruch zu nehmen er gar nicht mehr in der Lage ist.

4. **Zahlung nach erfolgter Hinterlegung:** Natürlich kann sowohl der Schuldner wie ein dritter noch wirksam zahlen trotz der vorhandenen rücknehmbaren Hinterlegung; dann wird der Schuldner völlig frei. Wenn aber nunmehr der Gläubiger die Annahme erklärt, so ist das der Hinterlegungsstelle gegenüber, die derartige Fragen nicht prüfen kann, als wirksam anzusehen; der Schuldner ist also jenem gegenüber auf eine Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung angewiesen. A. A. Kohler S. 227.

Bei der nichtrücknehmbaren Hinterlegung dagegen würde die anderweite Leistung eine Schuld überhaupt nicht mehr vorfinden, also indebite erfolgt sein.

§ 380.

Soweit nach den für die Hinterlegungsstelle geltenden Bestimmungen zum Nachweise der Empfangsberechtigung des Gläubigers eine diese Berechtigung anerkennende Erklärung des Schuldners erforderlich oder genügend ist, kann der Gläubiger von dem Schuldner die Abgabe der Erklärung unter denselben Voraussetzungen verlangen, unter denen er die Leistung zu fordern berechtigt sein würde, wenn die Hinterlegung nicht erfolgt wäre.

E. II 328, RB. 374. — Prot. S. 355.

1. Der § 320 denkt offenbar zunächst an die **landesgesetzlichen Bestimmungen**, so für Preußen namentlich Hinterlegungsordnung § 30, die nach EG. Art. 145 aufrechterhalten werden. Für Bayern Hinterlegungsordnung 18. XII. 99, § 24.

Er trifft aber auch für die **reichsrechtlichen Sätze** zu, aus denen sich eine Beschränkung der Rechte des Gläubigers ergibt, so für § 373. Zweifellos kann hier der Gläubiger, der seinerseits geleistet hat, mangels anderweiter Beweismittel der Hinterlegungsstelle gegenüber eine entsprechende Erklärung des Gegners fordern und damit die Voraussetzungen seines Rechtes aus § 373 erfüllen. Das wird allerdings nur selten nötig sein, weil in solchem Fall der Gläubiger bereits nach Erfüllung seiner Gegenverpflichtung eine Quittung fordern und mit ihrer Hilfe den ihm nach § 373 obliegenden Beweis erbringen kann, Schollmeyer Nr. 3. Anders aber, wenn er jene Leistung wegen Annahmeverzuges noch nicht hatte vollziehen können, Planck Nr. 1 Abs. 2.

2. Der **Anspruch auf Abgabe der Erklärung** kann sowohl durch Klage geltend gemacht werden, wie gegebenenfalls durch Einrede gemäß §§ 273, 320. Er dürfte unter denselben Voraussetzungen wirksam sein, unter denen der Gläubiger, von der Hinterlegung abgesehen, den Schuldner auf die Leistung hätte in Anspruch nehmen können. S. auch Bem. 2 a. E. zu § 379.

3. Von einer **vorgängigen Annahme** oder überhaupt einem Erlöschen des schuldnerischen Rücknahmerechts ist die Befugnis des Gläubigers aus § 380 nicht abhängig. Insbesondere wird diese wichtig sein können im Prozesse über die Wirksamkeit der Hinterlegung; der sie bestreitende Gläubiger muß wenigstens das Recht haben, eine Verurteilung des Schuldners auf Erteilung der Einwilligung für den Fall zu fordern, daß jene für rechtmäßig erklärt werde, s. Prot. 356.

§ 381.

Die Kosten der Hinterlegung fallen dem Gläubiger zur Last, sofern nicht der Schuldner die hinterlegte Sache zurücknimmt.

E. I 279 S. 1, E. II 329, RB. 375. — Mot. S. 103, Prot. S. 358—9.

1. Die Bestimmung entspricht dem bisherigen Recht, so dem Landrecht I, 16, § 230; I, 17, § 158; HGB. Art. 343².

2. Wird die Hinterlegung **zurückgenommen**, so gilt sie nach § 379 als nicht erfolgt; die Kosten treffen also nunmehr den Schuldner. Davon abgesehen gilt die Bestimmung des § 381 schlechthin, mag die Hinterlegung erfolgt sein wegen Annahmeverzuges oder aus anderen Gründen. Ist dagegen nicht hinterlegt, etwa wegen Unfähigkeit des Leistungsgegenstandes, so treffen die Kosten den Gläubiger nur nach den allgemeinen Grundsätzen, s. nam. § 304.

§ 382.

Das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Empfange der Anzeige von der Hinterlegung, wenn nicht der Gläubiger sich vorher bei der Hinterlegungsstelle meldet; der Schuldner ist zur Rücknahme berechtigt, auch wenn er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet hat.

RB. 376. — Prot. VI S. 165.

1. **Grundidee:** Der § 382, erst von der 2. Kommission nachträglich eingeführt, beruht nach Planck Nr. 1 auf dem Gedanken, daß „dem Schuldner durch die Hinterlegung die Vorteile nicht entzogen werden sollen, auf welche er ohne die Hinterlegung durch die Verjährung Anspruch haben würde", ähnlich wie § 1171 Abs. 3.

2. Es handelt sich dabei um **keine Verjährung**, sondern um **gesetzliche Befristung**, die ohne Rücksicht auf die einer Verjährung entgegenstehenden subjektiven Hemmungsmomente läuft, s. §§ 187/8. Sie beginnt mit dem Empfang der in § 374 Abs. 2 vorgeschriebenen Anzeige des Schuldners durch den Gläubiger; eine nicht in Vertretung des Schuldners erfolgende Anzeige der Hinterlegungsstelle dürfte unwirksam sein.

Wie, wenn es nicht zu einer Anzeige gekommen ist? Hat sie der Schuldner grundlos unterlassen, so kann er sich nicht beklagen, wenn die Frist nun nicht läuft; war sie untunlich, dann wird man sinngemäß und nach Analogie von § 1128 die Frist von der Hinterlegung an rechnen. Es wäre doch, gelinde gesagt, seltsam, dem Gläubiger als Prämie für seine Unauffindbarkeit das Recht auf alle Zukunft zu belassen. Und wenn der Wortlaut nicht dafür spricht, so doch auch nicht direkt dagegen, er trifft den hier unterstellten Ausnahmefall überhaupt nicht, sodaß für eine entsprechende Anwendung Raum ist. Anderer Ansicht Planck Nr. 3, Hellwig S. 451, Müller S. 484, Kisch bei Grünhut 29 538, wie hier Endemann S. 814, Dernburg § 123, VIII, Matthiaß S. 430, Schollmeyer Nr. 2, Kuhlenbeck Nr. 1 und bei Staudinger Nr. 3.

3. **Wirkungen:** Der Fristablauf bewirkt, daß der Schuldner das Rücknahmerecht nunmehr wieder gewinnt, auch wenn er es verloren hatte, während das Recht des Gläubigers wegfällt. Ebenso greift auch § 377 nicht mehr Platz, s. Bem. Nr. 6 dazu.

Ist damit auch der alte Anspruch des Gläubigers selbst erloschen? Man wird es jedenfalls annehmen müssen für den Fall der nichtrücknehmbaren Hinterlegung: denn sie tilgt ja die Schuld, und eine Beseitigung dieser Wirkung ist weder aus inneren noch äußeren Gründen anzunehmen.

Auch für den Fall der rücknehmbaren Hinterlegung nehmen Befreiung an Kohler S. 229; Dernburg; Hellwig S. 454; Schollmeyer Nr. 3; gegen Planck Nr. 2; Hellmann, KrVJSchr. 44 122 und Mayring-Staudinger Nr. 4 (anders jetzt Kuhlenbeck daselbst). M. E. ist den ersteren zuzustimmen, denn andernfalls würde der Gläubiger ja in den Stand gesetzt, seine Lage durch sein Untätigsein in der Frist zu verbessern. Andererseits hätte es ja der Schuldner doch in der Hand, durch die

ihm jederzeit mögliche Erklärung des Rücknahmeverzichts die Hinterlegung noch nachträglich zu einer nichtrücknehmbaren zu gestalten und dann sofort das Recht aus § 382 geltend zu machen. Die gegnerische Ansicht würde also unter dem Umwege einer sinnlosen Komödie doch letztlich zu demselben Ergebnis führen!

4. Die Landesgesetzgebung kann anordnen, daß der Anspruch auf Rückerstattung mit dem Ablaufe einer gewissen Zeit oder unter sonstigen Voraussetzungen zu Gunsten des Fiskus oder der Hinterlegungsanstalt erlischt, EG. Art. 145. Eine Kürzung der für den Gläubiger in § 382 gewährten 30jährigen Frist ist damit nicht gegeben (a. A. Stammler S. 239 bei Anm. 5 und früher Planck Nr. 2 Abs. 3, der aber seine Meinung bereits bei AG. Art. 145 und nunmehr in Aufl. 3 Nr. 3 Abs. 2 geändert hat; wie hier auch Hellwig S. 453; Kisch bei Grünhut 29 354; Schollmeyer Nr. 5), denn das Recht des Gläubigers ist kein Anspruch auf Rückerstattung, von dem der Artikel allein spricht. Außerdem muß nach Erlöschen des Gläubigerrechtes laut desselben Artikels dem Schuldner das Recht noch mindestens ein Jahr verbleiben.

§ 383.

Ist die geschuldete bewegliche Sache zur Hinterlegung nicht geeignet, so kann der Schuldner sie im Falle des Verzugs des Gläubigers am Leistungsorte versteigern lassen und den Erlös hinterlegen. Das Gleiche gilt in den Fällen des § 372 Satz 2, wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist.

Ist von der Versteigerung am Leistungsort ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten, so ist die Sache an einem geeigneten anderen Orte zu versteigern.

Die Versteigerung hat durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer öffentlich zu erfolgen (öffentliche Versteigerung). Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung der Sache öffentlich bekannt zu machen.

E. I 278 Abs. 1, E. II 330 Abs. 1, RV. 377. — Mot. S. 102, Prot. S. 356—8.

Literatur: M. Sohm, ZHR. 53 79 ff.

1. Die §§ 383/6 behandeln das Institut des **Selbsthilfeverkaufes**, der als Surrogat einer untunlichen Hinterlegung bei beweglichen Sachen dienen soll (wegen unbeweglichen s. § 303 und Vorbem. 4 vor § 372). Indes:

a) allgemein gilt das Recht nur im Falle des Annahmeverzuges (so auch G.R., HGB. Art. 343, SächsGB. § 757);

b) bei anderen Hinterlegungsgründen dagegen findet der Selbsthilfeverkauf nur statt nach Maßgabe von S. 2 (ähnlich Landrecht I, 14, §§ 101/2);

c) sonstige Beschränkungen kennt das Gesetz nicht; insbesondere ist das Recht zum Selbsthilfeverkauf auch bei solchen Sachen nicht ausgeschlossen, die dem Gläubiger gehören, s. Kipp bei Windscheid S. 424 Nr. 5; Beer S. 35; Sohm S. 94 ff.

Gehört die geschuldete Sache einem dritten, so kann dessen Eigentum durch den Akt m. E. nur bei Einwilligung oder kraft gutgläubigen Erwerbs übertragen werden; die Befreiung des Schuldners dem Gläubiger gegenüber tritt freilich auch dann ein, wenn der Selbsthilfeverkauf dinglich unwirksam bleibt. A. A. Sohm S. 111. Aber daß der Schuldner schlechthin über das Eigentum des dritten solle disponieren können, kann man nicht ohne zwingende Gründe als vom Gesetzgeber gewollt unterstellen, und der Wortlaut des § 383 enthält nicht einen so weittragenden Satz.

2. **Das Wesen und die Wirkung des Selbsthilfeverkaufs sind bestritten:**

a) Jedenfalls erfolgt der Verkauf nicht unmittelbar für den Gläubiger, sondern im Auftrage des Schuldners und für ihn; er, nicht der Gläubiger, bekommt den Anspruch

auf den Erlös und wird dessen Eigentümer; er wird andererseits dem Gläubiger gegenüber nicht durch den Akt von aller Verpflichtung frei.

b) Aber verwandelt sich die Schuld nicht ohne weiteres in eine solche auf den Erlös, so daß dieser ganz an die Stelle des alten Schuldgegenstandes tritt? So Kohler, ArchBürgR. **13** 239—40; Götte, DJZ. **4** 399 und meine Aufl. 1; s. auch Mot. S. 103.

Dagegen aber die meisten: der Erlös wird nicht Schuldobjekt, sondern kann nur — dies sofort, ohne daß die Voraussetzungen des § 372 noch besonders erfüllt zu werden brauchten — zur Hinterlegung mit den Wirkungen der §§ 378—9 verwendet werden. So Beer S. 15ff.; Endemann S. 810; Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 6; Müller S. 463; Planck Nr. 1; Rosenberg, Jherings Jahrb. **45** 241ff.; Schollmeyer Nr 1; Sohm S. 107ff. Rosenberg und Sohm konstruieren das im Sinne einer facultas alternativa des Schuldners, sich durch Hinterlegung des Erlöses zu befreien. Folge der herrschenden Meinung ist u. a., daß der Schuldner mit einer Gegenforderung gegen den — nicht vorhandenen — Anspruch des Gläubigers auf den Erlös nicht aufrechnen kann, daß er wegen des Erlöses die Gefahr trägt, daß er den Gläubiger nicht durch Angebot desselben in Annahmeverzug versetzen, sich dagegen noch durch Leistung des verkauften und wiedererlangten alten Schuldgegenstandes befreien kann. Doch gewähren einzelne ihrer Vertreter dem Schuldner die Möglichkeit, sich statt durch Hinterlegung auch durch Herausgabe des Erlöses an den Gläubiger zu befreien, während andere das nur mit Einverständnis des Gläubigers zulassen (z. B. Sohm; auch wohl Planck), also nur im Sinne einer Leistung an Erfüllungsstatt (so ausdrücklich Sohm).

M. E. nötigt weder Wortlaut noch Sinn des § 383 zur Annahme der herrschenden Meinung. Die aus ihr zu ziehenden Folgerungen sind wenig ermutigend; insbesondere würde sie m. E. mit Notwendigkeit dahin führen, den Schuldner durch zufälligen Untergang des verkauften Gegenstandes beim Ersteher befreit werden zu lassen, obwohl er den Erlös dafür in Händen und zu jenem gar keine Beziehung mehr hat.

Richtig ist freilich, daß der Schuldner den an Stelle des alten Schuldgegenstandes getretenen Erlös sofort, ohne weitere Voraussetzungen, hinterlegen kann — das ergibt deutlich der Wortlaut (S. 1 a. E.). Aber das ist nach unserer Theorie nicht verwunderlicher, ja erklärlicher, als nach der herrschenden: gerade weil der Erlös an Stelle des Schuldobjekts trat, setzt sich der Annahmeverzug auch mit Wirkung für ihn fort, während andernfalls ein vorgängiges Angebot an den Gläubiger sinngemäß verlangt werden müßte.

3. **Form**: Der Verkauf erfolgt durch Versteigerung, s. über den Begriff § 156 und Bem. dazu; ferner §§ 457/8, 935; speziell über öffentliche Verst. §§ 966, 979, 1219, 1235.

Die Versteigerung soll im allgemeinen am Leistungsorte (s. §§ 269ff., also nicht an dem etwa davon verschiedenen Bestimmungsort, auch wenn sie dort schon eingetroffen war, Staub zu HGB. § 374 Anm. 3) vollzogen werden (anders nur nach Abs. 2) und hat gemäß Abs. 3 als öffentliche in der dort näher beschriebenen Art zu erfolgen. Verkauft der Schuldner an einem ungeeigneten Ort, so macht das den Verkauf nicht unwirksam, sondern bewirkt nur eine Ersatzpflicht, s. Mot. S. 103. Denn es handelt sich nicht um eine formale, sondern um eine materielle Vorschrift, die in der Erzielung eines möglichst hohen Preises ihr Ziel und ihre Begrenzung findet. Schwerlich darf der Rechtserwerb des Erstehers in Frage gestellt werden aus ängstlicher Rücksicht auf einen im Annahmeverzug befindlichen, durch seinen Ersatzanspruch gegen den Schuldner ohnedies genügend gedeckten Gläubiger. Und diesen Erfolg würde die Gegenmeinung mindestens dann leicht haben können, wenn die verkaufte Sache dem Gläubiger gehörte, also vom Schuldner abgesehen von § 383 nicht wirksam veräußert werden konnte; dies zumal, da der Schutz des § 932 nicht immer in Betracht kommen kann (s. Kipp S. 424 Nr. 5). Dafür spricht auch die Analogie von § 374 und § 1236 in Verbindung mit § 1243. A. A. Planck Nr. 3, ferner Mayring-Staudinger Nr. 7, Müller S. 458, Schollmeyer Nr. 4 (der freilich Gegenbeweis dahin zuläßt, daß der Verkauf am rechten Ort kein besseres Ergebnis erzielt hätte), wie hier Kuhlenbeck No. 3 (anders jetzt bei Staudinger, Aufl. 2 Nr. 7), Türcke-Niebenführ Nr. 9.

Dagegen macht die Nichterfüllung der formalen Bedingungen des Abs. 3 das Geschäft als solches im Sinne und mit der Wirkung von § 383 unwirksam; ob und welche Wirkungen es sonst hat, bestimmt sich nach allgemeinen Regeln.

Ferner muß die Versteigerung möglichst zu den Bedingungen erfolgen, wie sie mit dem Gläubiger vereinbart waren; einen Verkauf zu minder günstigen und daher einen geringeren Erlös versprechenden Bedingungen braucht der Gläubiger nicht gegen sich gelten zu lassen, z. B. einen Verkauf unter Ausschluß der Haftung für Mängel; so mit Recht OLG. Marienwerder bei Seuffert 60 Nr. 71 S. 138.

4. **Befugt sind:** die Gerichtsvollzieher, und zwar auf Grund unserer reichsrechtlichen Satzung, sodaß es landesgesetzlicher Vorschriften darüber nicht bedarf; ferner Beamte, die das Landesrecht dazu bestimmt, z. B. Notare. Endlich „öffentlich angestellte Versteigerer", s. Gewerbeordnung Art. 36.

Verkauf durch einen Bahnbeamten auf Grund der Eisenbahnverkehrsordnung ist kein wirksamer Selbsthilfeverkauf im Sinne des § 383, OLG. Posen vom 31. X. 1901, Rspr. IV Nr. 11 S. 30. Wohl aber kann dadurch eine vom Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung eintreten.

5. **Darf der Schuldner mitbieten** bei der Versteigerung? Man wird es nach dem Vorbild des bisherigen HGB. Art. 343 wohl anzunehmen haben, Hirsch S. 288, Sohm S. 106.

§ 384.

Die Versteigerung ist erst zulässig, nachdem sie dem Gläubiger angedroht worden ist; die Androhung darf unterbleiben, wenn die Sache dem Verderb ausgesetzt und mit dem Aufschube der Versteigerung Gefahr verbunden ist.

Der Schuldner hat den Gläubiger von der Gefahr unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

Die Androhung und die Benachrichtigung dürfen unterbleiben, wenn sie untunlich sind.

E. I 278 [1–3], E. II 330 [2], RV. 378. — Mot. S. 102—3, Prot. S. 356—58.

1. **Voraussetzungen:** Um die Folgen des § 383 zu erzielen, muß die Versteigerung zunächst dem Gläubiger angedroht sein; es sei denn, daß die in Abs. 1 und 3 angegebenen Ausnahmen vorliegen. — Über den Begriff der „Untunlichkeit" s. § 303, Bem. 3.

Und zwar muß die Androhung ihrem Zwecke entsprechend rechtzeitig erfolgen, s. Entsch. d. ROHG. 19 Nr. 85 S. 293, sie muß dem Gläubiger „eine den Umständen nach angemessene Frist" zur Vornahme der sein Interesse schützenden Maßnahmen freilassen. Ist sie unterblieben, obwohl sie notwendig war, so bewirkt das Ungültigkeit des Sachenhinterlegungsvertrages, so auch Beer S. 33.

2. Die **Androhung** — wie die **Benachrichtigung des Abs. 2** — sind einseitige, empfangsbedürftige Erklärungen im Sinne von §§ 130ff.; sie haben vom Schuldner oder von dem mit der Versteigerung betrauten Beamten als seinem Vertreter auszugehen.

3. **Benachrichtigungspflicht:** Vom Verkauf ist der Gläubiger „unverzüglich" — im Sinne von § 121 — zu benachrichtigen, s. Bem. 2. Hier bewirkt das Zuwiderhandeln aber nach Abs. 2 nicht Ungültigkeit, sondern nur Schadensersatzpflicht, s. Mot. S. 103.

4. **Beweis:** Den Beweis für die vollzogene Androhung hat der Schuldner zu führen, da sie eine Voraussetzung der Wirksamkeit des Sachenhinterlegungsrechts nur damit seiner Befreiung bildet. Ob auch den der Benachrichtigung (Abs. 2), ist zweifelhaft, dafür Planck Nr. 4, Kuhlenbeck=Staudinger Nr. 2, dagegen Schollmeyer Nr. 2 a. E., Rehbein Nr. 19 zu §§ 372ff. Die bejahende Ansicht dürfte dem Wortlaut und Sinne des Textes besser entsprechen: Die Untunlichkeit der Benachrichtigung ist ein besonderer rechtshindernder Umstand gegenüber dem aus dem, ohne sie vollzogenen, Selbsthilfeverkauf entspringenden Ersatzanspruch.

§ 385.

Hat die Sache einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Schuldner den Verkauf aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirken.

RV. 379, Prot. VI S. 166.

1. Der § 385 ist in angemessener Weise von der 2. Kommission nachträglich eingefügt; er entspricht im wesentlichen den einschlägigen Sätzen des HGB., Art. 343, auch den Bestimmungen über Pfandverkauf §§ 1221, 1235.

2. Über den Begriff Börsen- oder Marktpreises s. die Kommentare zu den Sätzen des HGB. Art. 373 alter, § 343 neuer Fassung; ferner Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 2, RG. Bd. 34 S. 121. Es kommt darauf an, ob Waren dieser Art an der Börse oder dem Markte des für den Verkauf nach § 383 zu wählenden Ortes — ein anderer kommt natürlich nicht in Betracht — regelmäßig und zu einem zu ermittelnden Durchschnittspreise gehandelt werden, s. auch Bem. zu § 453.

3. **Der Verkauf erfolgt:** a) durch einen öffentlich ermächtigten Makler. Da das neue HGB. keine amtlichen Makler mehr kennt, so kann sich die Bestimmung nur auf etwa kraft landesgesetzlicher Bestimmungen behördlich dazu bestellte Makler beziehen, s. Planck Nr. 3a.

b) durch die in § 383 erwähnten Beamten.

c) zum „laufenden Preise“, d. h. zu dem durchschnittlichen Börsen- oder Marktpreise des Verkaufstages am Verkaufsorte.

4. Nichtbeachtung der Vorschriften des § 385 bewirkt Unfähigkeit des Aktes, die Wirkungen des § 383 hervorzurufen.

§ 386.

Die Kosten der Versteigerung oder des nach § 385 erfolgten Verkaufs fallen dem Gläubiger zur Last, sofern nicht der Schuldner den hinterlegten Erlös zurücknimmt.

E. I 279, E. II 329, 330[3], RV. 380. — Mot. und Prot. wie zu 381.

Entspricht dem § 381, s. Bem. dazu.

Dritter Titel.

Aufrechnung.

Vorbemerkung zu Titel 3.

Literatur: a) bisherige: Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation, Aufl. 2, 1868; Eisele, Die Kompensation, 1876; Geib, Theorie der gerichtlichen Kompensation, 1897; Fr. Leonhard, Die Aufrechnung, 1897; Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis Bd. II, 1897, Aufl. 3, 1902; C. Liebknecht, Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen nach Gemeinem Recht, 1897; derselbe, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung, 1899; H. Siber, Kompensation und Aufrechnung, 1899.

b) zum neuen Recht: Leonhard, Stölzel, Liebknecht, Siber in den eben erwähnten Schriften; Kohler, ZZP. 24 1 ff. Feder, ZHR. 54 433 ff.; Lippmann, Iherings Jahrb. 43 435 ff.; Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung, 1904; Weißmann, ZZP. 26 1—42.

1. Die §§ 387/96 handeln von der **Aufrechnung** (compensatio, tit. Dig. 16, 2), und zwar von der **gesetzlichen**, unabhängig vom Parteiübereinkommen durch das Gesetz

zugelassenen, wennschon erst auf Grund einer hinzukommenden Parteierklärung wirkenden. Daneben gibt es im früheren wie im geltenden Recht eine **vertragsmäßige Aufrechnung**, die sich in Voraussetzungen und Wirkungen nur nach dem erklärten Willen der Parteien richtet; ihre Zulässigkeit ergibt sich auch ohne besondere Anerkennung im Gesetzbuch aus der grundsätzlichen Vertragsfreiheit, s. Nr. 2.

2. Das Wesen des **Aufrechnungsvertrages** ist bestritten.

a) Viele sehen darin einen gegenseitigen Erlaßvertrag; die beiden Erlaßakte sind also synallagmatisch miteinander verknüpft, sodaß die Ungültigkeit des einen ohne weiteres auch die des andern mit sich bringt. Möglicherweise, vielleicht in der Regel, kann der Aufrechnungsvertrag noch über einen gegenseitigen Erlaßvertrag insoweit hinausgehen, als er im Sinne der Parteien im gleichem Maße wie die gesetzliche Aufrechnung zurückwirken soll. So Schollmeyer Nr. 1a, Planck Vorbem. 1, Stammler S. 241, Kuhlenbeck-Staudinger, Vorbem. III.

b) Andere erblicken im Aufrechnungsvertrage nichts als zwei Erlaßverträge im Sinne einseitiger, abstrakter Akte, deren synallagmatische Verknüpfung unstatthaft sein soll, sodaß die Ungültigkeit des einen den andern nicht ipso iure vernichtet, sondern nur auf dem Umwege des Bereicherungsanspruches und der Einrede auf den andern einwirkt. So Siber S. 144, Fr. Leonhard, ArchBürgR. 21 178, im wesentlichen auch J. Goldschmidt, ArchBürgR. 15 155, 184 und Weigelin S. 124ff., die aber vom Aufrechnungsvertrage die vertragsmäßige Begründung des Aufrechnungsrechtes sondern, wo nur die gesetzlichen Voraussetzungen der Aufrechnung für die Zukunft abgemildert werden.

c) Überhaupt ablehnend gegen die Heranziehung des Erlaßbegriffes verhalten sich Kipp bei Windscheid S. 461 — weil ein gegenseitiger Erlaßvertrag nur ex nunc wirken könne, was der vermutlichen Parteiabsicht in unserem Falle nicht genüge —, Endemann S. 835 — der aber auffallenderweise im Ergebnis sich Siber, oben zu b, anschließt —, Breit, Geschäftsfähigkeit S. 182, 186 — der die vertragsmäßige Aufrechnung nur in der Form von der gesetzlichen verschieden sein läßt (?) und in ausführlicher Darstellung Rehbein S. 329ff.: er macht auf die verschiedenen möglichen Inhalte des Aufrechnungsvertrages aufmerksam, jedenfalls sei er ein eigenartiger, gegenseitiger Vertrag (für den Fall beabsichtigter Rückwirkung ebenso Planck aaO.).

Auch m. E. ist die Annahme zweier getrennter Erlaßakte, wennschon natürlich möglich, doch nicht notwendig und als hinter den vermutlichen Parteiabsichten zurückbleibend im Zweifel abzulehnen. Daß die Parteien ihre beiderseitigen Erlaßakte jeden im Sinne einer Parteibedingung von Zustandekommen und Wirksamkeit des andern abhängig machen, daß sie damit wenigstens im internen Verhältnis rückwirkende Kraft wie nach § 389 vereinbaren können, wird niemand bestreiten wollen. Die Frage kann schließlich nur die sein, ob wir berechtigt sind, diese Klauseln bereits um deswillen, weil die Parteien ihre Abrede als Aufrechnungsvertrag bezeichnen, als im Zweifell stillschweigend vereinbart zu unterstellen? Und diese Frage wird man ohne allzugroße Kühnheit bejahen dürfen — schon in dem Wort „Aufrechnung" dürfte in der Regel der Hinweis darauf enthalten sein, daß die spezifischen Aufrechnungswirkungen eintreten sollen, da andernfalls für die Parteien kein Grund bestand, nicht einfach von „Erlassen" der Schuld zu sprechen. Ist danach ein Aufrechnungsvertrag, zugegeben unter Verwendung des Erlaßtypus, als möglich erwiesen, so weist er andererseits als solcher vom Erlaß doch genügend Verschiedenheiten auf, um in ihm eine selbständige Rechtsfigur zu erblicken. Die Unterschiede liegen nicht nur in der Rückwirkung, sondern auch darin, daß beim Aufrechnungsvertrag jede Partei in dem synallagmatisch mit ihrem „Erlaßakt" verbundenen „Gegenerlaß" eine materielle Gegenleistung erhält, die beim eigentlichen Erlaß fehlt. Was diesem charakteristisch ist: die Schuldtilgung ohne materielle Zweckerreichung, wird beim Aufrechnungsvertrag durch dessen Gegenseitigkeit beseitigt.

Die danach möglichen Akte des Doppelerlasses und des synallagmatischen, im Zweifel rückwirkenden Aufrechnungsvertrages werden besonders da vorkommen, wo es an dem einen oder anderen gesetzlichen Aufrechnungserfordernis fehlt, z. B. die eine oder die andere Forderung ist bedingt, betagt, einredebehaftet, unklagbar, steht gegen einen dritten zu; es fehlt die Gleichartigkeit des Gegenstandes.

Davon zu scheiden ist die vertragsmäßige Begründung der Aufrechenbarkeit. Hier werden die Forderungen nicht schon durch die Abrede selbst beseitigt,

sondern der einen Partei oder beiden nur die Möglichkeit, das „Recht des rechtlichen Könnens" verliehen, durch eine spätere einseitige Erklärung den Aufrechnungserfolg herbeizuführen. Das ist besonders auch dann möglich, wenn die eine oder die andere oder beide Forderungen noch nicht existieren. Immerhin wird es sich um Forderungen aus einem bestimmten rechtlichen Verhältnis handeln müssen; eine allgemeine Abrede, daß alle zwischen den Parteien später entstehenden Forderungen aufrechenbar sein sollen, ist wegen ungenügender inhaltlicher Bestimmtheit als unwirksam zu erachten.

Andererseits wird man auch mit Endemann S. 837 eine Abrede zulassen, daß die demnächst entstehenden beiderseitigen Forderungen sich mit ihrem Gegenübertreten von selbst zur entsprechenden Höhe aufheben sollen. Das ist aber nicht sowohl eine Einräumung des Aufrechnungsrechtes, als vielmehr ein antizipierter Aufrechnungsvertrag.

Wie das Aufrechnungsrecht durch Vertrag erweitert, kann es ebenmäßig dadurch auch beschränkt werden. Mit einer stillschweigenden vertragsmäßigen Beschränkung der Aufrechenbarkeit operiert das Gesetz in § 391 Abs. 1, und nichts dürfte auch einer ausdrücklichen oder stillschweigenden völligen Ausschließung desselben im Wege stehen, s. auch Endemann S. 836. Wegen der nötigen Bestimmtheit dieser Abrede gilt das oben gesagte entsprechend.

3. **Vollzug der Aufrechnung**: Die Kompensation, von den Römern allmählich ausgebildet, ist überall in das geltende Recht übernommen — nähere Angaben sind hier überflüssig. Aber über ihre Art und Weise herrschte bisher lebhafter Streit, der auch zum Teil in den Partikularrechten widerklingt.

a) Es standen sich bisher hauptsächlich vier Grundanschauungen gegenüber:

α) Forderung und Gegenforderung vernichten sich gegenseitig kraft ihres Gegenübertretens (ältere Lehre).

β) das Gegenübertreten hat diese vernichtende Wirkung nur unter der Bedingung, daß es von der einen oder andern Partei geltend gemacht wird, so Unger, ÖsterPrivR. II 490ff., so auch das Landrecht nach der Auffassung des Obertribunals 4, 208, auch wohl SächsGB. §§ 988, 992 (andere Vertreter bei Liebknecht S. 11 No. 16).

γ) nicht das Gegenübertreten, sondern nur die einseitige Parteierklärung allein kompensiert und bewirkt dadurch die Aufhebung der beiden Forderungen. So neuestens Leonhard (dazu Liebknecht, Kompensationsvollzug S. 31ff.).

δ) nach der herrschenden, in den verschiedensten Modifikationen aufgestellten Lehre (Windscheid, Eisele, Dernburg, mit besonderer Ausprägung im Grunde auch Geib) vollzieht weder das Gegenüberstehen der Forderungen noch die Parteierklärung, sondern erst der Richter auf Grund des Parteivorbringens den Kompensationsakt.

b) Von diesen Auffassungen sind die erste und vierte für das BGB. auf keinen Fall verwendbar; es läßt nicht das Gegenüberstehen der Forderungen für sich allein wirken, erklärt aber eine private Parteierklärung für genügend, § 387.

Trotzdem ist man auch für das neue Recht von einer Einigkeit in der Auffassung weit entfernt.

α) Nach der ersten, herrschenden Auffassung (identisch mit der gemeinrechtlichen Theorie zu γ) vollzieht sich die Aufhebung der Forderungen allein durch die Parteierklärung; die rückwirkende Kraft der Aufnehmung (§ 389) ist danach nur positive Sonderbestimmung oder wird ganz in Frage gestellt. So Feder aaO. S. 462ff., 473; Goldmann-Lilienthal S. 427; Kaufmann, Kommentar S. 262; Kipp-Windscheid S. 439; Fr. Leonhard aaO.; Kuhlenbeck Vorb.; Langheineken, Anspruch S. 131—2; Matthiaß S. 441; Planck Vorbem. 2; Schollmeyer Vorbem. 1b; Siber S. 131—2.

β) Der eigentliche Grund für die Aufhebung der Forderungen liegt bereits in ihrem aufrechenbaren Gegenübertreten; er wirkt aber nur unter der Rechtsbedingung der Aufrechnungserklärung (entsprechend der gemeinrechtlichen Theorie zu β). So Dernburg § 127 I/II; Endemann Aufl. 3—4 S. 644; Enneccerus S. 527; Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 110; meine Aufl. 1. Besonders pointiert wird diese Anschauung von denen vertreten, die der Aufrechnungserklärung nur eine „deklarative" Bedeutung zuschreiben, sie nur feststellen lassen, daß die Forderungen schon damals, mit dem Eintritt der Aufrechenbarkeit, erloschen seien (Enneccerus und früher Endemann). Andererseits stehen der Gruppe β auch verschiedene der zu γ zu erwähnenden Autoren nicht fern, besonders Kohler. S. gegen diese Theorie besonders Leonhard, Archiv S. 179ff., Feder und Weigelin aaO.

γ) Die Aufhebung der Forderungen tritt erst durch die Erklärung ein, aber schon vorher entsteht mit ihrem aufrechenbaren Gegenübertreten eine gewisse Wirkung, die man verschieden bezeichnet und auffaßt; man redet von einem „Vinkulierungszustand", so Kohler aaO. S. 34ff., von einer mit gewissen Wirkungen verbundenen „Aufrechenbarkeit" einem „Aufrechnungsverhältnis" oder „Aufrechnungsrecht". Dieses soll der Einrede vergleichbar, aber doch von ihr verschieden sein und in der Wirkung über sie hinausgehen; es soll das Forderungsrecht durch seine Ausübung vernichten, nicht nur wie die Einrede hemmen. So besonders Landsberg S. 362, Weißmann S. 35ff. und Weigelin S. 12ff. Weißmann läßt das Aufrechnungs- dem Anfechtungsrecht am nächsten stehen, Weigelin S. 21ff., 32ff. erblickt darin einen gesetzlichen Anwendungsfall eines Pfandrechts an einer gegen den Gläubiger selbst zustehenden Forderung („Pfandrecht an eigener Schuld").

Andere nehmen, der Auffassung zu β näher stehend, einen „Schwebezustand" an, lassen die „Vollwirksamkeit" der Forderungen bereits gebrochen sein. So Crome § 193 I. und jetzt Endemann Aufl. 8 S. 824.

Von diesen Auffassungen dürfte die zu β dem Gesetze nicht entsprechen; der Wortlaut des § 388 und verschiedene Einzelbestimmungen stehen, wie Feder und Weigelin erwiesen haben, dazu in Widerspruch. Der Tilgungseffekt wird in der Tat erst durch die Erklärung hergestellt; er ist vorher noch nicht einmal als schwebender vorhanden.

Trotzdem ist der herrschenden Lehre nicht vollauf beizutreten. Einmal ist das aufrechenbare Gegenüberstehen der beiden Forderungen ein der Erklärung gleichwertiges, unerläßliches Tatbestandsmoment für den eintretenden Erfolg, s. Bem. 1, 4 zu § 387. Zum andern erzeugt die mit dem Gegenübertreten gegebene Aufrechenbarkeit bereits gewisse Wirkungen, die die herrschende Lehre nicht erklären kann: sie begründet insbesondere für den Bürgen die dilatorische Einrede aus § 770, und für den Schuldner nur deshalb keine Einrede, weil er das weitergehende Recht der Aufrechnung hat. Ferner erklärt sich aus der Aufrechenbarkeit die rückwirkende Kraft der Aufrechnungserklärung; sie ist zwar keine notwendige Folge derselben, aber eine nur aus ihr erklärliche, wie sich ja auch die rückwirkende Kraft der verwandten Anfechtungserklärung (§ 142 Abs. 1) nur aus der dem anzufechtenden Akt bereits innewohnenden Anfechtbarkeit ergibt. Möglicherweise begründet die Zahlung einer aufrechenbaren Schuld auch die cond. indebiti, s. Bem. zu § 813.

4. Die Frage nach dem **Rechtsgrund der Aufrechnung** ist mit der nach dem Aufrechnungsvollzug zwar verwandt, aber nicht identisch; sie kann, als rein theoretisch, hier nur kurz gestreift werden. Einige sehen in der Aufrechnung eine Zahlung (Stölzel), andere eine Anweisung zur Zahlung an sich selbst (Kohler, s. dagegen Oertmann, Recht 05 33ff.). Gegen beide Konstruktionen spricht die Einseitigkeit des Aufrechnungsaktes, seine rückwirkende Kraft, gegen die Anweisungstheorie auch seine Mündlichkeit und ihre unnötige Künstlichkeit. Ebensowenig läßt sich die Aufrechnung mit dem Erlaß in Verbindung bringen, der bestenfalls die eine Seite der Doppelwirkung erklären würde. Sie ist vielmehr ein besonderer Tilgungsakt sui generis; man wird zu ihrer Erklärung am besten von der Selbsthilfe ausgehen, mit der sie freilich nicht identisch ist (so Götte, ArchBürgR. 17 164ff.). Es handelt sich um ein Zwangsverwertungsrecht, kraft dessen man durch einseitiges Handeln ein Vermögensaktivum des Gegners zur Befriedigung der eigenen Forderung verwenden kann. Die einseitige Zerstörung der Gegenforderung ist das vom Gesetz gewährte Mittel, durch dessen Anwendung man den Zweck der eigenen Forderung realisiert und damit diese zugleich zum Erlöschen bringt. In dieser Grundauffassung stimmen wesentlich überein Feder S. 496—7, Fr. Leonhard, Archiv S. 208, Weigelin. Ob man in der Zuständigkeit dieser rechtlichen Macht zur Zerstörung der fremden Forderung mit Weigelin ein wahres Pfandrecht an der eigenen Schuld oder mit Leonhard S. 210/1 nur ein damit verwandtes Gebilde erblickt, ist eine minder wichtige, m. E. eher im zweiten Sinn zu beantwortende Frage — dies schon wegen der Notwendigkeit gleichartiger Schuldinhalte, die mehr auf ein, zudem einfacheres, Befriedigungsrecht als auf ein, zudem komplizierteres, bloßes Sicherungsrecht hinweist. In Bezug auf die eigene Schuld kann die Aufrechenbarkeit wohl auch mit Kipp (S. 439) als eine facultas alternativa bezeichnet werden, sich statt durch Erfüllung durch Aufrechnung befreien zu können.

5. Die Aufrechnung spielt eine besonders große Rolle im Prozeß; bei den darauf bezüglichen §§ 145, 302, 322, 529 ZPO. sind der Regelung des BGB. entsprechend einige Umänderungen erfolgt. Ferner ganz besonders im Konkurse, s. §§ 53—6.

§ 387.

Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, so kann jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teiles aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann.

E. I 281[1], E. II 331, RV. 381. — Mot. S. 104—6, Prot. S. 361—2.

1. § 387 behandelt die **Voraussetzungen der Aufrechnung**. Sie setzt voraus zwei Forderungen, die folgende, wesentlich dem bisherigen Recht entsprechende, Qualitäten besitzen müssen:

a) **Gegenseitigkeit** (s. dazu Weigelin S. 68ff.). Unzulässig ist eine Aufrechnung natürlich mit einer fremden Forderung, aber auch eine solche gegen die Forderung des Schuldners an einen dritten, trotz der Zulässigkeit der Zahlung einer fremden Schuld. Das ergibt sich a contrario aus der nur in einigen besonderen Fällen ausnahmsweise gewährten Zulassung einer solchen Aufrechnung, s. nam. § 268, ferner 1142, 1249; es entspricht auch der ausgesprochenen Absicht der 2. Kommission (Prot. S. 362, freilich gegen die Mot. S. 105), hat endlich gute innere Gründe, die besonders für den Fall des Konkurses auf der Hand liegen. Aber auch sonst würde solche unvorhersehbare Aufrechnung jeden Gläubiger in seinen Dispositionen bedenklich beeinträchtigen können. Übereinstimmend Planck Nr. 1a, Kohler S. 6, s. schon l. 18 § 1 D. 16,2.

Der Gesamtschuldner kann nicht aufrechnen mit der Gegenforderung eines der andern Schuldner, § 422 Abs. 2, der Bürge nicht mit der des Hauptschuldners (wohl aber gewinnt er die besondere Einrede des § 770, siehe auch ähnlich §§ 1137, 1211). S. ferner §§ 429, 1977, 2040.

b) **gleichartige** Forderungen (s. Weigelin S. 104ff.): also namentlich auf Geld, aber auch auf andere vertretbare Sachen gerichtete. Erfordert wird nur Gleichartigkeit zur Zeit der Aufrechnung, wennschon sie diesen Charakter vielleicht erst durch Umwandlung in einen Ersatzanspruch erhielten, s. Mot. S. 105, Planck Nr. 1c. Verschiedenheit des Leistungsortes ist unerheblich, § 391.

Daß gegen den Anspruch auf Auszahlung einer Darlehensvaluta nicht mit einer Geldforderung aufgerechnet werden könne, hat RG. ZS. I vom 15. X. 1902, Bd. 52 Nr. 81 S. 306 zutreffend angenommen, jener geht nicht einfach auf Zahlung, sondern auf Abschluß eines Realvertrages.

c) **vollgültige, klagbare** Forderungen; das ergibt sich aus dem Passus „sobald er fordern kann" und aus § 390. Unklagbare Ansprüche, auch soweit sonst im BGB. anerkannt, sind also ungeeignet. S. Mot. S. 106, Weigelin S. 53, 59. Gewissermaßen Ausnahmen enthalten die §§ 357 und 554. Im übrigen aber kann eine durch ausgeübtes Rücktrittsrecht vernichtete Forderung natürlich nicht mehr zur Aufrechnung verwendet werden, ebensowenig wie eine Forderung aus einem durch Anfechtung vernichteten Geschäfte.

Daß eine durch Einrede entkräftbare Forderung nicht zur Aufrechnung verwendet werden könne, bestimmt ausdrücklich § 390. Wohl aber kann man gegen eine derartige Forderung mit einer vollgültigen aufrechnen, s. Oertmann, Recht 01 447, Siber S. 90, Weigelin S. 62ff. Das ergibt sich aus dem Fehlen einer aus-

schließenden Bestimmung auch für diesen Fall und der Erwägung, daß darin ein, nach allgemeinen Grundsätzen statthafter, Verzicht auf die dem Aufrechnenden bekannte Einrede zu finden sein wird. Die in Unkenntnis der Einrede vollzogene Aufrechnung verleiht dem Aufrechnenden nach Analogie des § 813 Abs. 1 einen Bereicherungsanspruch. Anders hier Weigelin S. 64, der den Akt wegen Irrtums anfechtbar sein läßt. Wegen Forderungen aus anfechtbaren Akten s. Bem. zu § 390.

d) **fällige** Forderungen, s. Weigelin S. 56, 66. Ist aber nur die Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll, noch nicht fällig, so kann der Schuldner sie nach § 281 im Zweifel schon früher zahlen, also auch durch Aufrechnung dagegen tilgen.

2. **Weitere Voraussetzungen** kennt das BGB. **nicht**, insbesondere nicht die justinianische der Liquidität (l. 14 § 1 C. IV, 31), die übrigens richtiger Ansicht nach schon durch die bisherige ZPO. §§ 136, 274, 491 ersetzt war.

Ebensowenig wird Identität des Verpflichtungsgrundes oder Konnexität erfordert (im Gegensatz zum Zurückbehaltungsrecht des § 273), auch nicht gleiche Höhe der Forderungen; sind sie von verschiedenem Betrag, so heben sie sich nur bis zu dem sich deckenden Betrage auf.

Dagegen sind in einigen besonderen Sätzen Beschränkungen aufgestellt, so in §§ 393/4, 417. Keine Ausnahme, sondern eher eine Erweiterung enthält § 406, da hier das Erfordernis zu 1a eingeschränkt wird, s. dazu Weigelin S. 109ff.

Kann man mit bereits rechtshängigen Ansprüchen aufrechnen? Im bisherigen Recht war die Frage bestritten, s. Geib aaO. und ZivArch. 85 161ff. Nach dem BGB. ist es zweifellos zulässig, nur wird durch diese Erklärung, wenn sie nicht nur eventuell gemeint ist (s. Bem. zu § 388), die eingeklagte Forderung in Höhe der Gegenforderung schlechthin untergehen und der Prozeß folgerecht verloren werden.

3. Natürlich können die Parteien die Aufrechnung vertragsmäßig in Bezug auf bestimmte Schuldverhältnisse von **weiteren Voraussetzungen** abhängig machen, auch die Aufrechnung mit einem Anspruch aus solchen oder dagegen überhaupt **ausschließen**. S. die Dresdener Entscheidungen Recht 01 517 und Rspr. III S. 93.

4. **Fehlt es an einer der Voraussetzungen** der Nr. 1 und 3, so ist die erklärte Aufrechnung **ungültig**; die fraglichen Forderungen bleiben, soweit vorhanden, bestehen. So besonders in dem Fall, daß die Gegenforderung in Wahrheit nicht oder nicht mehr bestand. Das ist selbstverständlich vom Standpunkte der in Vorbem. 3b β entwickelten Theorie, muß aber auch nach der m. E. richtigen Theorie zu γ gelten, weil die Aufrechnungswirkung erst durch die in unserem Fall fehlende Aufrechenbarkeit ermöglicht wird. Aber auch nach der herrschenden Theorie gilt dasselbe: wäre Aufrechnung gegen eine Nichtschuld wirksam, so wäre damit in Wahrheit die vom BGB. § 397 ausdrücklich verworfene Wirksamkeit des einseitigen Schulderlasses durch ein Hintertürchen eingeführt. Der Akt wäre um so mehr als Erlaß zu erachten, als er eine nach § 387 an das Vorhandensein zweier Forderungen geknüpfte Aufrechnung bei Fehlen einer von ihnen nicht sein kann. So auch die herrschende Lehre, s. ausführlich Oertmann Recht 01 S. 447ff., Cosack § 111, 5b (anders frühere Aufl. S. 360), Crome § 192 Anm. 36, Dernburg § 126, Liebknecht S. 120—4 (anders nach Gem. Recht), Kipp aaO. S. 442, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 4, Planck Nr. 2, Rehbein S. 344, Siber S. 92, Schollmeyer Nr. 1d, Weigelin S. 60. Anders zu Unrecht Hellwig, Lehrbuch S. 239, Isay, Willenserklärung S. 81, Kohler aaO. S. 20, Kaufmann S. 258, Stölzel, Schulung II S. 232ff., Weißmann aaO. S. 28 und besonders Leonhard Arch. aaO. S. 202ff. Sie finden in dem als Aufrechnung unwirksamen Akt immerhin noch einen die verwendete Forderung vernichtenden Dispositivakt, der an sich durch die Ungültigkeit der Gegenforderung unberührt bleibt und nur, wenn in Unkenntnis dieser Ungültigkeit abgegeben, einem Bereicherungsanspruch (condictio indebiti) unterliegt. Aber dieser angebliche „Dispositivakt" könnte nur einen Erlaß darstellen, und das will er nicht sein, wenn der Erklärende das Bestehen der Gegenforderung irrig annahm; kann er nicht sein mangels Annahme des Gegners, wenn jener die Rechtslage erkannte und seinen Anspruch unentgeltlich aufgeben wollte.

Nur ein besonderer Aufrechnungsvertrag kann von der einen oder anderen dieser Voraussetzungen oder auch von allen entbinden, s. dazu Vorbem. 2.

Vor Eintritt der Voraussetzungen kann die Erklärung auch nicht etwa mit Rücksicht auf den zu erhoffenden Eintritt wirksam abgegeben werden; das wäre bestenfalls eine

nach § 388 unstatthafte bedingte Aufrechnung. Der spätere Eintritt der fehlenden Voraussetzungen kann den anfänglichen Mangel keineswegs heilen, so mit Recht RG. 3S. V vom 16. IX. 1903 bei Seuffert 60 Nr. 30 S. 55.

5. **Beweis**: Wer sich auf Aufrechnung beruft, muß das Vorhandensein der gesetzlichen oder der etwa leichteren vertragsmäßigen Erfordernisse sowie die Abgabe der Aufrechnungserklärung beweisen; letzteres jedoch nur, soweit die jetzige Berufung auf Aufrechnung dazu nicht mehr genügen würde (wichtig wegen der Prozeßkosten!). Dem Gegner liegt dann der Gegenbeweis ob wegen einer etwaigen erschwerenden Abrede im Sinne von Nr. 3.

§ 388.

Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile. Die Erklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird.

E. I 282, E. II 332, RV. 382. — Mot. S. 106—8, Prot. S. 365—6.

1. Über den **Vollzug** der Aufrechnung s. Vorbem. Nr. 3. Sie ist eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung gemäß §§ 130ff., die zwar auch im Laufe eines Rechtsstreites erfolgen kann, aber keineswegs so erfolgen muß. Vollzieht sie sich im Anwaltsprozeß, so ist dies nach der in der Theorie wohl herrschenden Ansicht wirksam nur, wenn der Anwalt auch dazu besonders bevollmächtigt war, da an sich die Aufrechnung im neuen Recht keine Prozeßhandlung sei, so Planck Nr. 2 und die bei Weigelin S. 158 Anm. 4 und Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 1 a. E. zitierten, anders aber mit guten Gründen Weigelin selbst (weitere Angaben das. Anm. 5) sowie Dernburg § 125 III, und jetzt Kuhlenbeck, nicht minder die vorwiegende Rechtsprechung. Ich glaube der zweiten Ansicht aus praktischen Gründen zustimmen zu sollen bei theoretischer Zweifelhaftigkeit der Entscheidung.

S. im übrigen über die prozessuale Behandlung §§ 145, 302, 322, 529, 541 ZPO.

Ob die prozessuale Aufrechnung nicht überhaupt Besonderheiten aufweise gegenüber der gewöhnlichen, darüber vergl. besonders Kohler, ZZP. 24 17ff. (dafür), Kipp-Windscheid S. 442 und Planck Nr. 2 (dagegen). Sie hat allerdings insofern eine Doppelbedeutung, als sie zugleich die Setzung einer rechtsvernichtenden Tatsache und die Berufung darauf ist. Aber dem Charakter der Aufrechnungserklärung tut das keinen Abbruch, keineswegs handelt es sich bei einer vorher nicht geltend gemachten Aufrechnung im Prozesse nur um eine Einrede. Anders außer Kohler auch Reuling, Die wahre rechtliche Natur der Kompensationseinrede, S. 14, der in der prozessualen Aufrechnung kein ziviles Geschäft sieht, sondern nur die Anrufung des Richters, die Tilgung der Forderungen vorzunehmen. Das hat jedenfalls für das neue Recht die schwersten Bedenken gegen sich.

Nur eins ist der gegnerischen Lehre zuzugeben: die prozessuale Aufrechnungserklärung darf im Sinne ihres Urhebers wenigstens im Zweifel nicht zerrissen werden. Wer sich im Schriftsatz auf Aufrechnung beruft, will in der Regel — anders z. B. Weigelin S. 157, nicht dagegen die bei Warneyer BGB. zu § 388 Nr. 2 zitierten Entscheidungen, die nur die Möglichkeit sofortiger Aufrechnung feststellen — nicht sofort aufrechnen und daneben die demnächstige prozessuale Geltendmachung des dadurch entstandenen Aufrechnungseinwandes, der prozessualen Bedeutung der Schriftsätze entsprechend, bloß ankündigen, vielmehr den ganzen Akt einheitlich erst dann wirken lassen, wenn es prozeßordnungsmäßig darauf ankommt. Also auch die Aufrechnung als Erklärung ist im Zweifel nicht schon als im Schriftsatz, sondern erst in der mündlichen Verhandlung abgegeben zu erachten, und auch dann gilt sie nur als abgegeben, soweit es zur Entscheidung des Prozesses auf die Aufrechnungseinwendung überhaupt ankommt, mit der die Aufrechnungserklärung im Sinne ihres Urhebers eine untrennbare Einheit bildet. Das ist wichtig für die Behandlung der sog. Eventualeinrede, s. unten Nr. 2. Daß jene Erklärung aber darum etwas anderes sei als die zivilistische Aufrechnung, folgt daraus keineswegs.

2. Es entspricht vielleicht schon dem theoretischen Charakter (s. Vorbem. Nr. 2 3, aber auch Mot. S. 108), auf alle Fälle aber dem praktischen Zweck des Aufrechnungsaktes, daß er nicht von Bedingungen und Befristungen abhängig gemacht werden darf. Daher Satz 2, s. auch Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte S. 73ff.

Damit ist nicht entschieden, ob aufgerechnet werden könne mit einer oder umgekehrt gegen eine bedingte oder betagte Schuld: denn hier ist nicht der Aufrechnungsakt selbst jenen Beschränkungen unterworfen, sondern nur dem dazu verwendeten Objekt als solchem wohnt diese Beschränkung inne. Trotzdem wird eine solche Aufrechnung unzulässig sein, denn eine bedingte Forderung besteht noch nicht, s. auch zu § 387 Nr. 3 a. E. Bei einer betagten fehlt das Erfordernis der Fälligkeit im Sinne von § 387 Nr. 1 d. Wohl aber kann in der Regel gegen eine betagte Forderung aufgerechnet werden. So auch Planck Nr. 3.

Es kann ebenso die prozessualische Kompensationseinwendung eventuell erhoben werden, für den Fall, daß der zunächst überhaupt bestrittene Klageanspruch ohnedies zum Ziele führen würde. Die Zulässigkeit dieser sogen. Eventualaufrechnung wird fast allgemein anerkannt, dagegen nur Förtsch bei Gruchot 42 232, s. dazu über die Eventualaufrechnung vorzüglich Stölzel in der in der Vorbem. zitierten Schrift S. 139 ff.; ferner auch Leonhard aaO. S 148 ff.; Liebknecht, Kompensationsvollzug S. 84 No. 7 und nunmehr sehr eingehend in „Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung" S. 136 ff.; Martinius, ArchBürgR. 24 377 ff.

Aber die Begründung ist sehr verschieden: Viele leiten die Zulässigkeit aus den insoweit anzuerkennenden Besonderheiten der prozessualen Aufrechnung ab, so Hellwig, Lehrbuch S. 239, 244; Kipp bei Windscheid S. 443; Mannsfeld, DJZ. 98 257; Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 2; Planck zu § 388 Nr. 3 und zu § 390 Nr. 4; Petersen, Seuff. Bl. 64 259; Rehbein S. 350—1; Wach, ZZP. 27 14, Weißmann S. 21.

Andere leiten sie daraus ab, daß hier überhaupt eine wahre Bedingung nicht vorliege, sondern entweder eine bloße Rechtsbedingung (Aufrechnung, falls die Gegenforderung bestehe, so Hellmann, KrVJSchr. 41 247; im Grunde auch Liebknecht S. 144, 146; Weigelin S. 134), oder eine sogen. conditio in praesens collata (so Siber S. 118; Schollmeyer Nr. 2c; auch Kuhlenbeck aaO.; s. fernere Angaben bei Weigelin S. 138). Dieser (S. 135) und Liebknecht stellen dabei mehrere Konstruktionen, aus denen sich die Gültigkeit der Bedingung ergeben soll, zur Auswahl. Wieder andere (s. meine Aufl. 1) bestreiten, daß die Aufrechnung hier überhaupt in irgend einem Sinne bedingt sei: es werde unbedingt aufgerechnet gegen eine bloß hypothekisch vorgestellte Forderung.

Auf die Begründung kommt um deswillen praktisch weniger an, als die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung im Prozeß auf alle Fälle positivrechtlich feststehen dürfte (s. Mannsfeld aaO.); die in § 209 Ziffer 3 BGB. als Mittel zur Unterbrechung der Verjährung anerkannte prozessuale Aufrechnung kann nur als eine eventuelle verstanden werden, da sie andernfalls die Ansprüche vernichtet, für eine Verjährung also überhaupt keinen Raum mehr gelassen hätte.

Es bleibt die Frage, ob man das auch auf die Fälle außerhalb des Prozesses ausdehnen dürfe. Ist das oben Nr. 1 a. E. Gesagte richtig, so liegen beide Fälle keineswegs gleich: im Prozesse gilt die Eventualaufrechnung zunächst nur als Ankündigung demnächstiger Aufrechnung; diese selbst findet im Rechtssinne erst dann statt, wenn es zur Entscheidung darauf ankommt. Sie ist also zu keinem Zeitpunkt als bedingte Aufrechnungserklärung anzusehen. Anders außerhalb des Prozesses. Hier ist zu scheiden: eine Aufrechnung unter der Bedingung, daß die Gegenforderung überhaupt bestehe, wiederholt nur eine gesetzliche Bedingung des Aktes, und das ist zwar überflüssig, aber schwerlich als Grund für dessen Ungültigkeit zu erachten — § 388 findet seinem Sinn nach darauf keine Anwendung, weil die Rechtsbedingung im Gegensatz zu einer wahren Bedingung das Verhältnis nicht weiter kompliziert, als es bereits ohnedies der Fall ist (so auch Planck Nr. 3 a. A. gegen Kipp zu Windscheid § 349 Nr. 2c (S. 443). Dagegen würde die Beifügung „falls der Gegenforderung keine Einrede entgegenstehe" nicht die Wiederholung einer auch ohnedies selbstverständlichen Rechtsbedingung sein, da eine Aufrechnung gegen einredebehaftete Gegenforderungen nicht von Rechtswegen unwirksam ist, s. Bem. 1c zu § 387. In diesem Fall ist also die Eventualaufrechnung außerhalb des Prozesses in der Tat mit Weißmann und Planck zu § 390 Nr. 4a als unstatthaft zu verwerfen.

Sehr streitig ist die Behandlung der prozessualen Eventualaufrechnung, wenn der Klageanspruch bestritten, der Aufrechnungsanspruch und die Aufrechenbarkeit unbestritten sind. Es stehen sich gegenüber die sogen. Klageabweisungs- und die Beweiserhebungstheorie. Jene ist besonders von Stölzel wiederholt und nachdrücklich

vertreten worden, Schulung II aaO.; dafür auch Endemann S. 843 Anm. 20; Geib, ZZP. **24** 462ff.; Kipp=Windscheid II S. 444ff. Dagegen aber weitaus die meisten, so besonders Eccius bei Gruchot **42** 15, 233; Enneccerus S. 529; Hellwig, Lehrbuch S. 245; Liebknecht aaO.; Planck zu § 390 Nr. 5, Kuhlenbeck=Staudinger S. 258 oben, Rehbein S. 350—1; Schollmeyer Nr. 2c; Wach, ZZP. **273** 76, ebenso wiederholt das Reichsgericht 52, 56 sowie bei Gruchot **41** 947; OLG. Cassel 9. II. 1903 bei Seuffert 59 Nr. 165 S. 289. Eine kritische Übersicht über die Rechtsprechung pro und contra gibt Stölzel ArchZivPrax. **95** 1ff. und **96** 234ff., s. auch in DJZ. 1905 Nr. 11. Weitere Angaben bei Neumann I S. 284—5.

Eine vollständige Übersicht über die Ansichten in dieser eigentlich rein prozeßrechtlichen Frage ist hier nicht am Platze. M. E. hat die Beweiserhebungstheorie am meisten für sich; sie ist selbstverständlich richtig, wenn man sich in der zu § 387 Nr. 3 entwickelten Kontroverse auf den Standpunkt der Gegner stellt; aber auch von dem hier angenommenen Standpunkt erscheint sie unvermeidlich, wenn man sich der eben zu Nr. 1 entwickelten Auffassung anschließt, wonach die prozessuale Aufrechnungserklärung im Zweifel als nur insoweit abgegeben anzusehen ist, als es nach der prozessualen Lage auf die Einwendung überhaupt ankommt. Denn das trifft nur dann zu, wenn die Klage mangels der Einwendung durchdringen würde (so auch Planck zu § 390 Nr. 5). Aber selbst davon abgesehen, hat die Klagabweisungstheorie das gegen sich, daß sie ein Urteil von unbestimmter oder doch nur alternativ bestimmter Tragweite — nicht nur Begründung — annimmt: die Tragweite des klageabweisenden Urteils ist doch wesentlich verschieden, je nachdem sie wegen Nichtbestehens des Klage- oder wegen Bestehens (genauer Bestandenhabens) des Aufrechnungsanspruchs erfolgt. Erst durch einen späteren Prozeß kann diese Unsicherheit aufgeklärt werden, so daß die Lehre der Gegner den Parteien zwei Prozesse statt eines, Unsicherheit statt Sicherheit, Steine statt Brot bietet.

§ 389.

Die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind.

E. I 283, E. II 333, RV. 383. — Mot. S. 108—110, Prot. S. 366—7.

replica compensationis 3. — **Rückwirkende Kraft der Aufrechnung 1.** — **Teilweise Aufrechnung 4.** — **Verzug 2a.** — **Zinsenlauf 2a.**

1. § 389 bestimmt, in Übereinstimmung mit den meisten geltenden Rechten, die **rückwirkende Kraft der Aufrechnung.** Das ist keine positive Ausnahmebestimmung, sondern erklärt sich aus der in der Vorbem. 3 a. E. angegebenen Konstruktion, aus der bereits vor der Erklärung vorhandenen, der Anfechtbarkeit vergleichbaren Aufrechenbarkeit.

Mit der rückwirkenden Kraft ist natürlich keineswegs gesagt, daß die Aufrechnungserklärung ohne Rücksicht auf die rechtlichen Ereignisse der Zwischenzeit abgegeben werden könne. Vielmehr sind die Voraussetzungen und die Wirkung der Erklärung scharf zu sondern. Jene bemessen sich nur nach dem Zeitpunkt der Abgabe (s. § 387), die Erklärung ist also trotz § 389 unwirksam, wenn etwa in der Zwischenzeit eine Partei auf die Aufrechnung verzichtet hatte, wenn eine der Forderungen getilgt war oder ihren mit der andern bisher gleichartigen Inhalt geändert hatte. Zweifelhaft kann nur sein, ob die in Unkenntnis der Aufrechenbarkeit inzwischen vorgenommene Zahlung einem Bereicherungsanspruch (condictio indebiti) ausgesetzt sei. Die meisten leugnen nach dem Vorgang der Mot. S. 109 diesen Anspruch, so Crome § 193 Anm. 2, 6; Cleffmann, Erlanger Dissert. über die Frage, 1903; Fr. Leonhard, Archiv aaO. S. 189; R. Leonhard=Eck S. 378; Langheineken, Anspruch S. 133; Kuhlenbeck=Staudinger Nr. 1; Planck Nr. 3; Schollmeyer Nr. 2; Siber S. 133. Anders, wie schon das GemRecht nach l. 10 § 1 D. 16, 2, Hellwig, Anspruch S. 20; Kipp=Windscheid S. 441; Kohler, ZZP. **20** 18ff.; Liebknecht S. 108ff.; Weißmann S. 34; auch meine Aufl. 1. Vermittelnd Weigelin S. 172ff.,

der hier Anfechtung der Erklärung (des darin liegenden Verzichts auf die Aufrechnung) wegen Irrtums nach § 119 und daraufhin Zurückforderung zuläßt.

Die Entscheidung ist sehr zweifelhaft. Gegen die von den Vertretern der Kondiktion herangezogene Analogie der Anfechtbarkeit läßt sich allerdings einwerfen, daß die Anfechtung das Rechtsgeschäft vernichtet, die Aufrechnung nur Forderungen, daß also zwar jene, aber nicht diese auch trotz Erfüllung noch denkbar sei. Auch begründet die Aufrechenbarkeit keine Einrede im technischen Sinn, so daß eine unmittelbare Anwendung des § 813 nicht möglich erscheint. Aber sie begründet doch nur deshalb keine solche, weil sie in ihrer Wirkung weitergeht, mittels Geltendmachung den Anspruch des Gegners nicht nur lähmt, sondern vernichtet. Es wäre daher sinnlos, bei einem materiell stärker affizierten Anspruch die Kondiktion zu verweigern, die § 813 sogar bei einem weniger stark beeinflußten gewährt; § 813 gewährt ein treffliches argum. a fortiori.

Selbstverständlich ist die Bejahung unserer Frage, wenn nach vollzogener Aufrechnung gezahlt ist. Diese beseitigt auch die Pflicht des Bürgen, § 767.

2. **Die Folgen** der in § 389 angeordneten Rückwirkung sind:

a) der **Zinsenlauf** hört auf von dem Moment der Aufrechenbarkeit ab, was im GR. bestritten war (dagegen RG. 17 Nr. 34). Das ist wichtig bei verschiedener Höhe der beiderseits zu leistenden Zinsen, Weigelin S. 165.

A. A. wegen der Wirkung auf den Zinsenlauf Feder aaO. S. 459 wegen § 396 Abs. 2, der sich nach ihm auf alle, auch auf die nach Eintritt der Aufrechenbarkeit aufgelaufenen Zinsen beziehen soll. Eine Wirkung, die erst nach vollendeter Aufrechnung eintrete, könne nicht für deren Voraussetzungen (die Höhe der beiderseitigen Ansprüche) von Bedeutung sein. Die Aufrechnung wirkt danach nur in der Höhe, zu der sich die Forderungen unter Berücksichtigung der bereits aufgelaufenen Zinsen decken.

Das ist, so bestechend es klingt, schwerlich richtig. Der entstandene Zinsanspruch wird zwar Teil der Kapitalforderung, aber um zu entstehen, bedarf er deren Existenz im fraglichen Zeitpunkt. Läßt also § 389 die Hauptforderungen als im Moment der Aufrechenbarkeit erloschen gelten, so ordnet er indirekt zugleich an, daß Zinsansprüche als nicht entstanden zu gelten haben.

b) der **Verzug** kann nicht beginnen oder hört nunmehr auf.

c) eine **Vertragsstrafe** verfällt nicht; das auf Nichterfüllung gesetzte Rücktrittsrecht kommt nicht zur Existenz.

3. Aus dem Prinzip des § 389 folgt die **Unzulässigkeit der sogen. replica compensationis** (s. dazu Mot. 110, RG. bei Seuffert 40 Nr. 282). Denn die vom Schuldner zur Aufrechnung verwendete Gegenforderung wird durch die vollzogene Aufrechnungserklärung ipso iure aufgehoben, wie durch Zahlung; der Gegner kann also nicht wiederum gegen sie eine andere ihm zustehende Forderung zur Aufrechnung stellen. Anders, wenn er behauptet, bereits früher gegen diese jetzt vom Schuldner zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung seinerseits mit einer anderen Forderung aufgerechnet zu haben. S. übrigens auch § 396 und Bem. dazu.

Ist aber eine der mehreren Forderungen des einen Teils konnex mit der Gegenforderung des anderen, so kann dieser damit nicht aufrechnen gegen die nicht konnexe Forderung des Gegners. Denn seine Gegenforderung war wegen der Konnexität mit dessen anderer Forderung der Einrede des Zurückbehaltungsrechts unterworfen, also nach § 390 zur Aufrechnung im übrigen unverwendbar. S. J. Goldschmidt, ArchBürgR. 15 165, 170. Das ist aber keineswegs eine sog. compens. compensationis, sondern nur eine Berufung auf die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes, das. S. 172. Eher könnte man eine compens. compensationis durch die Vorschrift des § 396 anerkannt finden (so Weismann S. 31), s. Bem. zu § 396 cit.

4. **Die Aufhebung erfolgt** „soweit sich die Forderungen decken". Schon daraus ergibt sich, daß im Sinne des BGB. gleiche Höhe der beiden nicht erfordert wird. Man muß sich also als Gläubiger auch eine teilweise Befriedigung durch Aufrechnung gefallen lassen, im Gegensatz zur teilweisen Zahlung, § 266.

Im übrigen bleiben die Forderungen bestehen. Es kann also der auf den Restbetrag gerichteten Klage der Schuldner nicht mit der Motivierung widersprechen, daß er gerade gegen den eingeklagten Teil aufrechne, s. RG. 13 Nr. 43, Seuffert 36 Nr. 188, sowie jetzt RG. ZS. V. vom 20. II 1904, Bd. 57 Nr. 23 S. 99ff., anders freilich OLG. Marienwerder vom 16. X. 1903 bei Seuffert 59 Nr. 195 S. 346. Denn es bleibt ja noch genug übrig, um seine Verurteilung zu rechtfertigen. Anders, wenn ein abgegrenzter, individualisierter Teil des Anspruches eingeklagt wird (etwa Zinsen aus bestimmten Jahren). Jedoch kann sich auch hier

der Gläubiger schützen, indem er vor der Klageerhebung seinerseits mit den nicht eingeklagten Teilen seines Rechtes gegen die Gegenforderung aufrechnet, und eine solche Aufrechnung liegt möglicherweise schon in der Erklärung des Klägers, mit seiner Klage nur den „Rest" oder den „Überschuß" seines Anspruches zu verlangen.

Die Polemik Schollmeyers Nr. 4 gegen das hier Gesagte schlägt nicht durch. Allerdings hat auch im besprochenen Fall der Kläger keine replica compensationis; hat er aber von seiner größeren Forderung nur einen nicht besonders abgegrenzten Teil eingeklagt, so bleibt unbeschadet der Aufrechnung des Beklagten noch genug übrig, um den Klagantrag als gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Wer sagt uns, daß gerade das vom Beklagten durch Aufrechnung zu tilgende Quantum eingeklagt werden sollte? S. auch Breit SächsArch. **10** 139, 146 (im Ergebnis ähnlich, aber auf Grund anderer Konstruktion).

5. Die rückwirkende Kraft der Aufrechnung kann unter Umständen rechnerische Schwierigkeiten machen, so in dem von Binder (Binders und Bernhöfts Beitr. I S. 23ff.) entwickelten Fall, wo die eine Forderung auf Ersatz der während eines längeren Zeitraumes allmählich gewonnenen Nutzungen gerichtet war. Wohl mit Recht tritt Binder dafür ein, daß hier vor der ziffermäßigen Feststellung des Forderungsbetrages von rückwirkender Kraft keine Rede sein könne.

§ 390.

Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden. Die Verjährung schließt die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war.

E. I 281², E. II 334, RV. 384. — Mot. S. 106, Prot. S. 362—5.

1. Der Satz des § 390 entspricht dem bisherigen Recht, s. l. 14 D. 16, 2, Mot. S. 106. Er bezieht sich sowohl auf peremptorische wie auf dilatorische Einreden und ist im wesentlichen für beide eine naheliegende Folgerung aus dem Prinzip des § 387, da im Grunde der Gläubiger aus seinem mit Einrede behafteten Recht nichts „fordern" kann.

Selbstverständlich setzt § 390 eine wirklich vorhandene Einrede voraus; das bloß tatsächliche Vorschützen einer solchen schließt die Aufrechnung mit der dadurch angezweifelten Forderung ebensowenig aus, wie der sonstige Mangel ihrer Anerkennung. Auch können auf einen solchen „Widerspruch" nicht die Regeln des § 396 zur Anwendung kommen; s. die Entsch. bei Seuffert 60 Nr. 49 S. 92.

2. Daß das Gesagte auch von der **Einrede der Verjährung** gelte, ist selbstverständlich. Aber in Abwehr eines möglichen Mißverständnisses beschränkt S. 2, übereinstimmend mit dem bisherigen Recht (Landrecht I, 16, § 301), das dahin, daß eine nach Eintritt der Kompensabilität vollendete Verjährung der später vollzogenen Aufrechnungserklärung nicht mehr schade. Ob diese Einschränkung sich auch ohne Sondervorschrift bereits aus dem Grundsatz des § 389 ergibt (so Aufl. 1; ähnlich Planck Nr. 2, ganz anders Weigelin S. 55, 167, 180), ist zweifelhaft; wohl mit Recht legt Weigelin dar, daß § 389 von den Wirkungen, 390 von den Voraussetzungen der Aufrechnung handle. Ohne S. 2 würde durch S. 1 die Aufrechnung mit einer verjährten Forderung in Frage gestellt, sodaß irgendwelche Wirkung, also auch Rückwirkung, der Erklärung ohne ihn überhaupt nicht eintreten könnte. S. auch § 479. Ähnlich kann auch durch die Zession der Gegenforderung das erworbene Recht auf die Aufrechnung nicht mehr verloren gehen, § 406.

3. Der § 390 bezieht sich nur auf die Forderung, mit der aufgerechnet werden soll; gegen eine mit Einrede behaftete Forderung aufzurechnen bleibt dem Schuldner natürlich unbenommen, nur unter Vorbehalt eines etwaigen Bereicherungsanspruchs gemäß §§ 813/4. Näheres s. Planck Nr. 3 und oben Nr. 1c zu § 387.

4. **Verwandte Fälle:**

a) Die Aufrechnung mit einer unklagbaren Schuld ist offenbar unstatthaft; § 390 ergibt dafür ein sicheres arg. a fortiori. Dagegen erscheint eine Aufrechnung gegen

eine solche wohl als statthaft, da die unklagbare Schuld immerhin zahlbar ist. Anders Endemann S. 830 unter Berufung auf § 762 Abs. 1, 2.

b) Aufrechnung mit oder gegen Forderungen aus anfechtbaren Geschäften? Im Gegensatz zu früher (Recht 01 448) Gesagtem glaube ich mit Crome S. 296, Langheineken, Anspruch S. 133, Schollmeyer Nr. 3, Weigelin S. 61) die Aufrechnung im ersten Falle zulassen zu sollen. Nur ist ihre Wirkung insofern prekär, als sie durch eine dem Gegner auch noch nachträglich zustehende Ausübung des Anfechtungsrechtes mit rückwirkender Kraft wieder beseitigt wird.

Gegenüber Forderungen aus anfechtbaren Geschäften kann man sicherlich aufrechnen, mit entsprechend beschränkter Wirkung. Doch wird vielfach in der trotz Kenntnis der Anfechtbarkeit vollzogenen Aufrechnungserklärung eine — nach § 144 formlos gültige — Bestätigung des anfechtbaren Geschäftes zu finden sein.

Eine durch Anfechtung bereits vernichtete Forderung ist selbstverständlich aufrechnungsunfähig.

5. Anzuwenden ist § 390 auch auf den Fall, daß der Schuldner durch Zession eine Gegenforderung gegen den Gläubiger erlangt hat, ihm aber nicht spätestens mit der Aufrechnungserklärung die Abtretungsurkunde überreicht. Denn bis dahin ist die Zahlungspflicht des Schuldners suspendiert, sei es im Sinne einer technischen Einrede, sei es sogar ipso iure, letzterenfalls wäre die Aufrechnung auch schon nach § 387 ausgeschlossen (s. auch Bem. zu § 410). Übereinstimmend im Ergebnis OLG. Stettin 28. IV. 1904, Recht 04 281.

§ 391.

Die Aufrechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß für die Forderungen verschiedene Leistungs- oder Ablieferungsorte bestehen. Der aufrechnende Teil hat jedoch den Schaden zu ersetzen, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er infolge der Aufrechnung die Leistung nicht an dem bestimmten Orte erhält oder bewirken kann.

Ist vereinbart, daß die Leistung zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Orte erfolgen soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Aufrechnung einer Forderung, für die ein anderer Leistungsort besteht, ausgeschlossen sein soll.

E. I 285, E. II 335, RV. 384. — Mot. S. 111, Prot. 371—3.

1. **Bedeutung**: Der Satz des § 391 entspricht dem GR., l. 15 D. 16, 2, dem Verkehrsbedürfnis und der Billigkeit. Unter dem vom Aufrechnenden dabei nach S. 2 zu ersetzenden „Schaden" sind nicht nur die Wertunterschiede der Leistungsgegenstände an den verschiedenen Orten und die Transportkosten zu verstehen, sondern auch z. B. solche Nachteile, die darin bestehen, daß der Gegner durch Nichtempfang der Leistung am Erfüllungs- oder Ablieferungsort eine etwa gegen dritte übernommene Verbindlichkeit nicht erfüllen kann. Dabei ist natürlich vorausgesetzt, daß der Schaden gerade durch das Nichterhalten der geschuldeten Gegenstände entstand; das zu § 254 Gesagte greift auch hier Platz.

2. Die **Ausnahme des Abs. 2** bezieht sich auf die Fixgeschäfte im Sinne von § 361, aber auch auf sie nur, wenn sie zugleich einen entsprechend „fixen" Erfüllungsort festsetzen. Alsdann gilt die gesetzliche Vermutung, daß die Parteien die Aufrechnung entsprechend beschränkt wissen wollten, Weigelin 113—4.

§ 392.

Durch die Beschlagnahme einer Forderung wird die Aufrechnung einer dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung nur dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner seine Forderung nach der Beschlagnahme erworben hat oder wenn seine Forderung erst

nach der Beschlagnahme und später als die in Beschlag genommene Forderung fällig geworden ist.

E. I 286, E. II 336, RV. 386. Mot. S. 111—2, Prot. S. 373—4.

1. Die Bestimmung des § 392 war deshalb nötig, weil an sich durch die Beschlagnahme einer Forderung (§§ 829, 845, 930, 936, ZPO.) die Erfüllungsmöglichkeit seitens des dritten Schuldners an den Hauptschuldner aufhört, also auch „streng genommen" das Aufrechnungsrecht, s. Prot. S. 374, Weigelin S. 94: es fehlt an einer „vollständigen" Gegenseitigkeit von Forderung und Schuld. Aber es erschien dem Gesetzgeber trotzdem angemessen, daß die Rechtslage des Aufrechnungsberechtigten durch die späteren Schicksale der Gegenforderung nicht verkümmert werden dürfe, s. auch den analogen Satz des § 406.

2. Ein **nachheriger Erwerb der Gegenforderung** genügt nicht, denn die mit dem Recht des Beschlagnehmenden belastete Forderung hat mit jener nicht mehr das Moment der vollen Gegenseitigkeit gemein. Dasselbe gilt, wenn die Gegenforderung erst später aufrechenbar wird, s. den erst durch die 2. Lesung beigefügten Schluß.

3. Die **Beschlagnahme** selbst vollzieht sich nach der ZPO. § 829 durch die Zustellung des fraglichen Beschlusses an den Schuldner; auf die Kenntnis kommt es nicht an.

4. Daß die gesamten Beschränkungen des § 392 nur dem Gläubiger des Gegners, nicht diesem selbst gegenüber Platz greifen, wird mit Recht betont von Planck Nr. 3. Andererseits wirken sie ohne Rücksicht auf Kenntnis des Aufrechnenden; § 407 findet auf den hier in Frage stehenden Fall keine Anwendung, Kipp-Windscheid S. 457, Weigelin aaO.

§ 393.

Gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist die Aufrechnung nicht zulässig.

E. I 287, E. II 337, RV. 387. — Mot. S. 112—3, Prot. S. 374.

1. Die in den §§ 393 5 enthaltenen **Ausnahmen** von der Aufrechnungsmöglichkeit entsprechen im wesentlichen dem bisherigen Recht. § 393 insbesondere ist eine Verallgemeinerung der l. 14 C. IV, 31, s. dazu die Entsch. des RG. 3, Nr. 35 S. 116 und 22 Nr. 47 S. 227, ähnlich Code civil Art. 1293, SächsGB. § 994; und er entspricht der ähnlichen Vorschrift des § 273 Abs. 2 beim Zurückbehaltungsrecht.

2. **Über den Begriff des „vorsätzlich"** s. Bem. 1a zu § 276. Unser Satz beschränkt sich nicht auf die strafbaren, er begreift vielmehr alle unerlaubten Handlungen, falls sie vorsätzlich begangen sind. Ihr Kreis ergibt sich aus §§ 823 ff. Zweifelhaft ist, ob darüber hinaus auch alle vorsätzlichen Verletzungen bestehender Schuldverhältnisse hierher zu ziehen sind Man wird es ablehnen, da alsdann die Forderung nicht erst „aus" dem derartigen Verhalten entstammt, auch der Begriff der „unerlaubten Handlungen" in § 393 füglich nicht anders verstanden werden kann wie im Sinne von § 823 ff. So auch Weigelin S. 111.

3. § 393 beschränkt nur die Aufrechnung **gegen** eine, **nicht** auch die **mit** einer Forderung aus unerlaubter Handlung.

§ 394.

Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt. Gegen die aus Kranken-, Hilfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine, zu beziehenden Hebungen können jedoch geschuldete Beiträge aufgerechnet werden.

E. I 288, E. II 339, RV. 388. — Mot. S. 114, Prot. S. 374—5.

Literatur: Lotmar, Arbeitsvertrag S. 395 ff.; Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung, 1902 (und die dort S. 69 zitierten); Wallroth, ArchBürgR. 24 50 ff.

weitere Angaben bei § 273 Nr. 4a sowie bei Neumann, Jahrbuch S. 291—2, II S. 247.

1. **Verhältnis zum bisherigen Recht:** Der § 394 enthält eine Erweiterung des früheren Rechts, das nur die Aufrechnungen gegen Alimentenforderungen ausschloß, s. Windscheid II § 350 No. 28, Landrecht I, 16, §§ 366ff., Code Art. 1293, während im übrigen eine Kompensationsbeschränkung in der Art des jetzigen § 394 nicht bestand, s. RG. 21 Nr. 33 S. 187; der § 394 entspricht übrigens der ähnlichen Regel bei der Zession in § 400.

2. Unter den § 394 fallen die in ZPO. § 850 verzeichneten Forderungen, ferner die durch das BGB. selbst der Pfändung entzogenen, s. z. B. § 377; ebenso die durch Spezialgesetze für unpfändbar erklärten. S. Krankenversicherungsgesetz vom 15. VI. 1883 und Abänderung vom 10. IV. 1894 bezw. 25. V. 1903 § 56, Unfallversicherungsgesetze vom 6. VII. 1884, § 68; vom 28. V. 1885, § 1; vom 5. V. 1886, § 73; vom 11. VII. 1887, § 38; vom 13. VII. 1887, § 76; Invalidenversicherungsgesetz vom 19. VII. 1899, § 55 Abs. 2; s. auch RGO. § 100c Abs. 2; Reichsbeamtengesetz vom 31. III. 1873, § 128ff., Gesetz über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. V. 1889, § 22 Abs. 3; Gesetz über die privaten Versicherungsges. vom 12. V. 1901, § 26.

S. andererseits den Vorbehalt für die Landesgesetzgebung EG. Art. 81 und die Angaben in den Kommentaren dazu.

Ob die nach § 850 zit. Ziffer 1 privilegierten Forderungen aus einem technischen Dienst- oder aus einem Werkvertrag stammen, macht bei Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen keinen Unterschied. Es muß sich nur handeln um den tatsächlichen Zustand eines auf die Dauer angelegten gewerblichen Arbeits- oder Dienstverhältnisses, Sinzheimer S. 41.

3. Ob die Gegenforderung aus **demselben** oder aus einem **anderen rechtlichen Verhältnis** entstanden ist, ist im Sinne des § 394 unerheblich, da dieser ganz allgemein redet; nur ist wegen konnexer Gegenforderungen nach der herrschenden und richtigen Ansicht (s. Bem. 4a zu § 273) an Stelle der unstatthaften Aufrechnung wenigstens Zurückbehaltung statthaft.

4. **Zweifelhafte Fälle und Ausnahmen:**

a) Gilt eine Ausnahme vom Aufrechnungsverbot zu Gunsten von Deliktsansprüchen der Arbeitgeber? Da es an einer Einschränkung im Gesetze fehlt, muß die Frage verneint werden, so auch Sinzheimer S. 56, selbst für den Fall einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung des Arbeiters, anders insoweit Stammler, Richtiges Recht S. 352 unter Berufung auf den § 242 und die Grundsätze des „richtigen Rechts", die aber gegenüber der lex lata hier — leider — schwerlich durchschlagen. S. auch OLG. Marienwerder Recht 04 314 unten Nr. 8.

b) Ebensowenig ist eine Ausnahme anzuerkennen zu Gunsten von Ansprüchen aus Vertragsbruch des Arbeiters, Sinzheimer S. 60—5; die von ihm S. 60 anerkannte Ausnahme steht und fällt mit der sogen. Differenztheorie beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung, s. § 325 Nr. 1b. Der Grund ist derselbe wie zu a).

c) Dasselbe gilt ebenmäßig von den auf Grund der Fabrikordnungen verhängten **Ordnungsstrafen**, so v. Frankenberg, DJZ. 00 91ff.; Sinzheimer S. 69; anders Metzges, DJZ. 02 47. Doch muß hier unterschieden werden: soll die „Strafe" bedeuten, daß ein neuer Anspruch auf sie gegen den Arbeiter entsteht, so kann mit diesem nicht gegen den Lohnanspruch aufgerechnet werden. Ist aber nach Wortlaut oder Sinn der Strafbestimmung anzunehmen, daß der Arbeiter bei ordnungswidrigem Benehmen einen ipso iure entsprechend geminderten Lohnanspruch haben soll, so liegt eine Verwirkungsklausel vor, so daß es zur Aufrechnung gar nicht kommt, und es fragt sich, ob eine derartige Klausel wirksam sein kann, s. gleich unten litt. d. Metzges unterstellt bei Ordnungsstrafen allgemein einen solchen Sinn, was wohl zu weit gehen dürfte.

d) Ob § 394 auch die **Verwirkungsklauseln** treffe, ist sehr streitig, s. dazu Lotmar S. 463—4; Sinzheimer S. 107ff.; weitere Angaben bei Neumann I, S. 293, Judikatur auch bei Warneyer, BGB. zu § 394 Nr. 6. Da hier kein Anspruch gegen den Arbeiter erzeugt, sondern nur dessen Lohnanspruch für gewisse Fälle von vornherein gemindert wird, greift § 394 nach seinem Wortlaut nicht Platz, und eine analoge Anwendung ist bei seinem offenbaren Ausnahmecharakter bedenklich. Es bleibt in solchen Fällen nur die Berufung auf die allgemeinen Bestimmungen der §§ 138, 226, mangels ihrer Anwendbarkeit ist die Verwirkungsklausel gültig.

Vielfach wird aber statt von „Verwirkung“ von „Einbehaltung“ des Lohnes gesprochen. Mit diesem rechtlich farblosen Ausdruck kann Verschiedenes gemeint sein; im Zweifel wird man darin den Vorbehalt einer Aufrechnung sehen können, der nach § 394 unwirksam ist, Lotmar S. 464.

Anders Sinzheimer: Die Verwirkungsklausel soll stets ungültig sein, sowohl im Sinne der Einbehaltungsabrede, weil sie Verpfändung, als in dem der eigentlichen Verwirkungseinrede, weil sie Erlaß (?) bedeute. Das ist wenig verständlich, bestenfalls unbewiesen.

e) Noch viel weniger als in den Sonderfällen a—b kann eine Berufung auf **§ 242** allgemein eine Ausnahme vom Aufrechnungsverbot begründen, wie Stammler aaO. S. 352 will. Dagegen mit Recht Sinzheimer S. 55ff., s. auch oben Bem. zu § 242: wenn dieser § selbst hinter einer nachgiebigen Sondervorschrift zurücktritt, so muß es gegenüber einer zwingenden, wie sie § 394 darstellt (s. unten Nr. 6), erst recht der Fall sein.

f) **Vorschüsse** des Arbeitgebers fallen nicht unter das Gebiet des § 394; sie bedeuten in der Regel nicht eine selbständige Darlehnsgewährung an den Arbeiter, sondern Teile des Lohnes, Anzahlungen; auch wenn die Abrede von ihrer „Aufrechnung“ auf den Lohn spricht, ist im Zweifel damit nur eine davon grundverschiedene Anrechnung gemeint; der Lohnanspruch ist hier um den Betrag des Vorschusses von vornherein gemindert, s. Metzges aaO.

g) Die Sonderbestimmungen anderer Reichsgesetze bleiben neben § 394 jedenfalls insofern in Kraft, als sie auf einem besonderen Gesichtspunkt beruhende leges singulares darstellen. Das dürfte auch von den einschlägigen Sätzen der Gewerbeordnung gelten, insbesondere von ihren §§ 115 und 119a, s. Sinzheimer S. 46 und die Angaben bei Landmann-Rohmer zu § 115 S. 122. Ebenso auch Fuld in Bl. f. RA. **66** 102, Lotmar S. 419ff., Geib, KrVJSchr. **46** 10, Schmelzle, Bl. f. RA. **66** 310.

Alles in allem sind die anzuerkennenden Ausnahmen nicht genügend, um das äußerst weitgehende Aufrechnungsverbot des § 394 vollauf zu rechtfertigen oder erträglich zu gestalten. Das muß für litt. a selbst ein sozialreformerisch vorgeschrittener Autor wie Sinzheimer zugeben. Anders freilich urteilt Lotmar S. 466, teilweise auch Geib, KrVJSchr. **46** 12—3. S. auch Verhandlungen des Gewerbegerichtstages zu Mainz, Das Gewerbegericht in Nr. 2 vom 1. XI. 1900, außerordentliche Beilage.

5. **Aufrechnung mit unpfändbaren Forderungen?** Da § 394 nur ein Aufrechnungsverbot gegenüber unpfändbaren Forderungen aufstellt, halten manche die Aufrechnung mit solchen umgekehrt für statthaft, so Schollmeyer Nr. 3, Weigelin S. 112, weniger weitgehend Goldmann-Lilienthal S. 433 Anm. 14, überhaupt dagegen Sinzheimer S. 18ff. Allerdings ist ein Analogieschluß auf unseren Fall aus § 394 bei dessen Ausnahmecharakter unstatthaft, aber die Unwirksamkeit der Aufrechnung dafür ergibt sich aus § 2 Abs. 2 des Lohnbeschlagnahmegesetzes. Danach wird, soweit die Lohnbeschlagnahme unstatthaft ist, auch jede Verfügung des Arbeiters durch Zession oder andere Rechtsgeschäfte über seinen Lohnanspruch ausgeschlossen, also auch dessen Verwendung zur Aufrechnung, die doch zweifellos eine rechtsgeschäftliche Verfügung über den Lohnanspruch darstellt. Das hat zudem gute innere Gründe, indem auch durch Aufrechnung die Bestimmung des Anspruches: dem Arbeiter die tatsächlichen Unterlagen für seine Existenz zu gewährleisten, hintangehalten wird.

Soweit freilich die Vorschrift des § 2 nicht Platz greift, steht der Aufrechnung mit unpfändbaren Forderungen nichts im Wege.

6. § 394 ist offenbar **zwingendes Recht**, so auch Sinzheimer S. 35—6 (und dort zitierte), Wallroth S. 270ff., anders Ehrlich, Zwingendes Recht S. 91, s. auch die besondere Ansicht von Lotmar S. 408. Das ergibt deutlich sein erkennbarer Zweck als soziales Schutzgesetz. Auch ein vorgängiger Aufrechnungsvertrag wird daran nichts ändern können, wie sich übrigens auch schon aus dem Lohnbeschlagnahmegesetz zweifelsfrei für dessen Geltungsgebiet ergeben dürfte.

7. **Zuwiderhandlungen gegen § 394:** Die demungeachtet erklärte Aufrechnung ist nichtig; der Aufrechnende wird von seiner Schuld nicht frei und kommt bei Vorhandensein der allgemeinen Voraussetzungen der Erklärung ungeachtet in Verzug. Darüber hinaus soll nach Sinzheimer S. 51 in einer gegen § 394 verstoßenden Aufrechnung eine unerlaubte Handlung im Sinne von § 823 Abs. 2 zu finden sein. Aber § 394

verbietet weniger eine Aufrechnungserklärung, als daß er sie im Rechtssinne unmöglich macht, vom Recht ignoriert werden läßt („lex perfecta“). Auch wenn daraufhin der Lohn nicht gezahlt wird, liegt darin nur eine Vertrags-, aber keine unmittelbare Gesetzesverletzung.

Nur insofern ist anders zu entscheiden, als GewO. §§ 115, 146 Nr. 1 Platz greifen: sie verpflichten die Gewerbetreibenden bei Strafe zur Barbezahlung, und da jene Paragraphen zweifellos Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 sind, ist deren Unterbleiben insoweit auch unerlaubte Handlung im Sinne des BGB. Aber eine Verallgemeinerung dieses Grundsatzes ist durchaus unstatthaft, zumal die Tragweite des § 115 selbst keineswegs zweifellos ist (s. dazu Lotmar S. 412ff.).

8. Stehen sich auf **beiden Seiten Forderungen** gegenüber, die im Sinne des Aufrechnungsrechtes **privilegiert** sind, z. B. die eine aus § 394, die andere aus § 393, so sollen sich die beiden Privilegien aufheben und der beiderseitigen Aufrechenbarkeit Platz machen nach einem Urteil des Gewerbegerichts Kiel, s. Thobe, DJZ. VI S. 305. Das ist geistreich, aber dem Wortlaut des Gesetzes und im Grunde auch wohl seinem Sinn zuwider. Dagegen in einem insoweit gleichliegenden Fall RG. ZS. III vom 17. II. 1903, Bd. 55 Nr. 1 S. 1.

9. Auf den **gezahlten Lohn** bezieht sich § 394 überhaupt nicht; er kann somit auch sofort nach der Auszahlung durch den Arbeitgeber wieder gepfändet werden, soweit er nicht nach ZPO. § 811 Z. 2 pfändungsfrei ist, Sinzheimer S. 75.

§ 395.

Gegen eine Forderung des Reichs oder eines Bundesstaats sowie gegen eine Forderung einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbandes ist die Aufrechnung nur zulässig, wenn die Leistung an dieselbe Kasse zu erfolgen hat, aus der die Forderung des Aufrechnenden zu berichtigen ist.

E. I 289, E. II 339, RB. 389. — Mot. S. 114, Prot. S. 375.

1. Der § 395 entspricht dem GR. (s. Windscheid II, § 350, No. 26), ferner dem Landrecht I, 16, §§ 368/9. Neu ist die Erweiterung auf Gemeinden und andere Kommunalverbände.

Den Begriff der Gemeinden und Kommunalverbände ergibt das partikulare Verwaltungsrecht.

Die in § 395 genannten Verbandskörperschaften können ihrerseits aufrechnen mit einer für eine andere Kasse entstandenen Gegenforderung, da der § nur die Aufrechnung gegen eine solche ausschließt, Weigelin S. 113.

2. S. EG. Art. 5 (Begriff des Bundesstaates), Art. 92.

§ 396.

Hat der eine oder der andere Teil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so kann der aufrechnende Teil die Forderungen bestimmen, die gegeneinander aufgerechnet werden sollen. Wird die Aufrechnung ohne eine solche Bestimmung erklärt oder widerspricht der andere Teil unverzüglich, so findet die Vorschrift des § 366 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

Schuldet der aufrechnende Teil dem anderen Teile außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten, so finden die Vorschriften des § 367 entsprechende Anwendung.

E. I 284, E. II 340, RB. 390. — Mot. S. 110—1, Prot. S. 368—71, VI S. 166—7.

Literatur: Breit, SächsArch. 10 133 ff., Deichmann, GruchotsBeitr. 42 257 ff., J. Goldschmidt, ArchBürgR. 15 153 ff., v Seeler das. S. 104 ff., Weigelin aaO. S. 146 ff. Zu Abs. 2: Sontag, ArchBürgR. 21 10 ff.

1. Nach E. I § 284 konnte in dem hier behandelten Falle zunächst der aufrechnende Teil wählen, in Bezug auf welche von seinen oder des Gegners Forderungen die Erklärung abgegeben werden solle. Das entsprach auch der herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin, s. Windscheid II § 349 Nr. 6; anders aber Landrecht I 16, § 375 und Code Art. 1297. Mangels solcher Wahl kamen bisher die Regeln über Anrechnung der Zahlung auf mehrere Schulden zur Anwendung.

In 2. Lesung wurde das jedoch nachträglich geändert. Im allgemeinen werden die vorhandenen mehreren Forderungen nunmehr nach der gesetzlichen Reihenfolge aufgerechnet, wie sie § 366 Abs. 2 für die Anrechnung der Zahlung auf mehrere Schuldposten bestimmt. Eine andere Reihenfolge kann sich nur ergeben, wenn

a) der Aufrechnende sie bestimmt, s. Nr. 2;

b) der Gegner gegen diese Bestimmung keinen Widerspruch einlegt, s. Nr. 3.

Dabei ist aber zu beachten, daß die Sondervorschriften des § 396, insbesondere das Widerspruchsrecht (unten zu 3), nur auf den Fall anwendbar sind, wenn der Aufrechnungsgegner, nicht auch, wenn der Aufrechnende selbst mehrere Forderungen besitzt. Nur der mehrfache Gläubiger, nicht auch der mehrfache Schuldner hat das Widerspruchsrecht gegen die Aufrechnungserklärung. Das ist zwar mehrfach bestritten, so von Kaufmann S. 267—8, Goldmann S. 435, Enneccerus S. 526 Anm. 13, aber mit Unrecht. Allerdings ist die Fassung des Textes zweideutig. Aber wenn das Gesetz in S. 2 bei Widerspruch des Gegners die Vorschriften von § 366 Abs. 2 entsprechend anwendbar sein läßt, so ist das nur für den Fall möglich, wo der Erklärende — der hier an die Stelle des Zahlenden tritt — mehrfacher Schuldner, der Erklärungs- (Leistungs-) Empfänger mehrfacher Gläubiger ist. Wenn Satz 1 beide Fälle umfaßt, den der mehrfachen Berechtigung des Erklärungsgegners wie des Erklärenden, so hat das guten Sinn: denn das Bestimmungsrecht des Erklärenden sollte in beiden Fällen anerkannt werden; nur das Widerspruchsrecht, von dem erst Satz 2 redet, wird auf den ersten dieser beiden Fälle beschränkt. Diese unterscheidende Regelung ist auch innerlich begründet: denn die Aufrechnung mit einer Forderung ist eine Art ihrer Geltendmachung, und darüber zu bestimmen muß füglich dem Berechtigten selbst vorbehalten werden. Daß die Gegenmeinung der „Billigkeit" entspreche, ist nicht einzusehen: hat der mehrfache Schuldner ein berechtigtes Interesse, daß die Schulden in der gesetzlichen Reihenfolge (§ 366 Abs. 2) getilgt werden, so mag er selbst die Aufrechnung erklären; unterläßt er das, so kann er sich nicht beschwert fühlen, wenn der Gegner nun die Auswahl trifft.

So auch die herrschende Lehre, z. B. Breit S. 136, Goldschmidt S. 226, 231, Rehbein S. 357, Planck Nr. 3.

Wie aber, wenn der mehrfache Gläubiger das ihm danach zustehende Bestimmungsrecht nicht ausübt? Dann lassen manche die Aufrechnungserklärung wegen ungenügender Bestimmtheit nichtig sein, so Crome S. 291 Anm. 21, Dernburg § 129 a. E. Andere lassen Satz 2 hier insoweit zur Anwendung kommen, als nunmehr die dort angezogene gesetzliche Reihenfolge des § 366 Abs. 2 entscheidet; die Unterlassung der Bestimmung wirkt danach ebenso, wie es der Widerspruch dagegen tun würde (s. dazu unten Nr. 3). So Enneccerus aaO., Goldmann-Lilienthal S. 435, Kisch bei Grünhut 29 355, Matthiaß S. 440, Schollmeyer Nr. 1 a. E., 5. Ebenso Planck Nr. 3, wenn nur die Reihenfolge der Aufrechnung unbestimmt geblieben ist, während die Erklärung ungültig sein soll, wenn die aufzurechnenden Forderungen selbst unbestimmt sind. Der Wortlaut des Gesetzes (s. S. 2 a. A. in Verbindung mit S. 1) spricht für die zweite Auffassung; denn es ist anzunehmen, daß nur der vom Widerspruch handelnde Teil des Satzes 2, nicht der ganze Satz auf den Fall mehrfacher Gläubigerschaft des Erklärungsgegners beschränkt werden sollte. Auch aus inneren Gründen empfiehlt sich dies Ergebnis: es entspricht dem Interesse des Erklärenden und seinem vermutlichen Willen, der in solchem Fall offenbar dahin ging, durch Aufopferung einer seiner Forderungen, gleichviel welcher, seiner Schuld ledig zu werden. Es ist daher durchaus sachgemäß, in solchem Fall der ungenügenden Bestimmung durch ergänzende gesetzliche Anordnung zu Hilfe zu kommen. Eine Unterscheidung im Sinne Plancks ist dabei nicht notwendig; wenn der mehrfache Gläubiger ohne Einschränkung aufrechnet, so ist zu unterstellen, daß er auch alle seine

Forderungen, soweit nötig, unterschiedslos in das Aufrechnungsverhältnis einbezogen wissen will, sodaß auch hier im Grunde nur die Reihenfolge offen gelassen ist.

2. **Die Bestimmung der Aufrechnungsreihenfolge:**

a) Sie geschieht als einseitige, empfangsbedürftige Erklärung im Sinne der §§ 130 ff. Sie ist zwar nur ein Bestandteil der Aufrechnungserklärung, nichts Selbständiges daneben, so daß sie mit deren Gültigkeit steht und fällt. Aber sie ist kein wesentliches Stück derselben; wird sie durch Widerspruch beseitigt, so übt das auf die Gültigkeit der Erklärung selbst keinen Einfluß.

b) **Rechtscharakter der Bestimmung.** Sie wurde in Aufl. 1 als unverbindlicher Vorschlag bezeichnet, der erst kraft der ausdrücklichen oder im Unterbleiben des Widerspruchs zu findenden stillschweigenden Zustimmung des Gegners wirke (Nr. 1). Aber mit mehr Recht haben Deichmann S. 587, Goldschmidt S. 229 und Weigelin S. 152 dagegen die Auffassung vertreten, daß § 396 dem Aufrechnenden zunächst ein einseitiges Bestimmungsrecht gewähre, dem nur das Widerspruchsrecht des Gegners als bloßes Gegenrecht gegenübertrete. Mangels dessen unverzüglicher Ausübung kommt es auf einen so oder so beschaffenen Willen des Gegners nicht an.

c) Das Fehlen einer Bestimmung hat dieselbe Wirkung wie die Einlegung eines Widerspruchs dagegen, s. unten Nr. 3 c.

3. **Widerspruch.**

a) **Zeit, Form:** Der Widerspruch muß „unverzüglich" erfolgen, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, s. § 121 und Bem. dazu. Er vollzieht sich durch einseitige, empfangsbedürftige Erklärung im Sinne der §§ 130 ff. Ausdrücklich braucht er nicht zu sein; es genügt ein Verhalten des Aufrechnungsgegners, aus dem sich eine Ablehnung der Bestimmung ergibt.

b) **Rechtscharakter:** Er ist, wie sich schon aus dem Nr. 2 b Gesagten ergibt, ein Rechtsgeschäft oder wenigstens eine Rechtshandlung: die Ausübung eines Gegenrechtes, wodurch das Bestimmungsrecht des Aufrechnenden wirkungslos gemacht wird. Ob man eine compensatio compensationis oder eine replica compensationis darin zu sehen habe, ist streitig, s. dagegen Goldschmidt S. 231—2; Matthiaß S. 404; Weigelin S. 150; anders Rehbein S. 357. Die Frage ist zu verneinen, denn der Widersprechende beseitigt zwar die vom Aufrechnenden bestimmte besondere Aufrechnungswirkung negativ, setzt aber dafür nicht positiv eine anderweite Aufrechnungswirkung ins Werk, sondern bewirkt nur, daß die allein als solche vorhandene Aufrechnungserklärung des mehrfachen Schuldners ein anderes Aufrechnungsobjekt erhält.

c) **Rechtswirkung des Widerspruches** (und der fehlenden Bestimmung des Aufrechnenden): Der alsdann eintretende Aufrechnungsmodus ergibt sich aus § 366 und bedarf hier im allgemeinen keiner näheren Schilderung, s. dazu Weigelin S. 151. Insbesondere sind die fälligen Ansprüche vor den nichtfälligen, die weniger sicheren vor den sichereren zu verwenden.

Schwierig ist nur die Frage, ob der Widerspruch auch dahin führen könne, daß die Aufrechnung eine bereits verjährte Gegenforderung des Widersprechenden ergreife. Dafür die meisten, so Breit S. 121 ff.; Deichmann S. 385; Endemann S. 833; v. Seeler aaO. S. 104 ff.; Weigelin S. 152; Weißmann S. 30; jetzt auch Planck Aufl. 3 Nr. 1, der früher zu den Gegnern zählte. Anders Enneccerus S. 526 Nr. 13; Goldschmidt S. 230, 257; im wesentlichen auch Kipp S. 447 (die verjährte Forderung ist bevorzugtes Aufrechnungsobjekt nur unter dem Gesichtspunkt des etwaigen höheren Alters, nicht auch unter dem der geringeren Sicherheit).

Die bejahende Meinung dürfte am meisten für sich haben. Denn § 396 ist offensichtlich zum Schutze des Aufrechnungsgegners erlassen, und gerade in unserer Frage zeigt sich der praktische Wert des Widerspruchs, der übrigens meist nur eine geringe Bedeutung haben wird. Das Gesetz will gemäß § 390, daß auch eine nach Eintritt der Aufrechenbarkeit verjährte Forderung noch aufrechnungsfähig bleibe, und dieser Wille des Gesetzes würde nach der Gegenmeinung immer dann leicht illusorisch werden, wenn der Gläubiger neben der verjährten noch irgend eine andere Forderung gegen seinen Schuldner erlangt. Freilich ist der Widerspruch selbst keine Aufrechnung, aber wenn § 390 eine solche auch mit einer verjährten Forderung gestattet, qualifiziert er sie doch ohne weiteres allgemein als eine zur Aufrechnung geeignete und damit der Einbeziehung in den subsidiären gesetzlichen Aufrechnungsmodus fähige. Und wenn in § 366 selbst für eine Berücksichtigung der verjährten Forderung kein Raum sein sollte (so v. Seeler S. 110—1), so ist dafür auch die Anwendung desselben auf unseren

Fall nur eine entsprechende, die der Sonderbehandlung der verjährten Forderung Rechnung tragen muß.

4. **Absatz 2:**

a) In diesem Fall kommt Abs. 1 überhaupt nicht zur Anwendung; nicht nur das Widerspruchs-, sondern auch das Bestimmungsrecht entfällt.

Die Anwendung des § 367 ergibt:

α) Zunächst kann der Aufrechnende den Tilgungsmodus bezeichnen, schweigt der Gegner, so bleibt es dabei, § 367 Abs. 2.

β) Der Gegner kann aber auch den bezeichneten Modus ablehnen und dadurch die ganze Aufrechnung wirkungslos machen, nicht aber auch den Tilgungsmodus des § 367 Abs. 1 herbeiführen. Anders Sontag aaO.; gegen ihn Franke, Recht 02 318. Das Ablehnungsrecht des Abs. 2 ist also sehr verschieden vom Widerspruchsrecht des Abs. 1; es ist schwächer, da es nur den Eintritt des einen Erfolges hindern, nicht den eines andern dafür bewirken kann, Goldschmidt S. 224.

γ) Nur wenn der Aufrechnende keine andere Bezeichnung vornimmt, kommt es zum Tilgungsmodus des § 367 Abs. 1: die Aufrechnung richtet sich also zunächst gegen den Kosten-, dann den Zins-, dann den Kapitalanspruch.

5. Wegen der **Beweise** der nach § 396 in Betracht kommenden Erklärungen s. Goldschmidt S. 233ff.

Vierter Titel.

Erlaß.

§ 397.

Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erläßt.

Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, daß das Schuldverhältnis nicht bestehe.

E. I 290, E. II 341, RB. 391. — Mot. S. 114—6, Prot. S. 376, II S. 511.

Abstrakte Natur des Erlasses 4.	Erlaß, Vertragscharakter desselben 2.	Negative Anerkennung 7.
Erlaß 1.	Form des Erlasses 3.	pactum de non petendo 1.
		Teilweiser Erlaß 5.

Literatur: Hartmann im ArchZivPrax. 85 1ff; Cohn bei Gruchot 47 221ff., Caspers, Erlaß und Verzicht 1904.

1. Der § 397 behandelt den eigentlichen, ipso iure wirkenden **Erlaß**; das bloße Versprechen, die an sich bestehen bleibende Schuld nicht geltend zu machen (pactum de non petendo), wird nicht erwähnt; man wird aber (so auch Mot. S. 115) eine solche schwächere Abrede für das heutige Recht als möglich ansehen; Sinn und Bedeutung ergibt dann der einzelne Fall, meist wird dabei nur ein Stundungszweck beabsichtigt sein.

Das pactum de non petendo ist möglicherweise nur auf eine bestimmte Zeitdauer beschränkt, dann enthält es eine Stundung und erzeugt nur eine aufschiebende Einrede gegen den bestehen gebliebenen Anspruch. Anders Langheineken, Anspruch S. 312ff., nach dem die Stundungsabrede den Anspruch ohne weiteres zu einem betagten macht, s. bei Langheineken auch weitere Literaturangaben.

Als pactum de non petendo wird man auch die vom RG. (17. I. 1903, SächsArch. 13, 352) als wirksam anerkannte Abrede auffassen dürfen, daß der Schuldner zwar noch eine gewisse Zeit hindurch Zinsen zahlen solle, das Kapital aber nicht zurückzuerstatten brauche. Denn bei einem Erlaß enthielte solcher Zinsvorbehalt einen Widerspruch in sich, mit dem Versprechen, die bestehen bleibende Hauptforderung nicht geltend zu machen, ist er sehr wohl vereinbar.

2. Der **Erlaß** stellt im BGB. einen **Vertrag** dar; einseitige Erklärung genügt nicht, entsprechend dem GR. (l. 91 D. 46,3; Windscheid § 357 Nr. 4), aber im Gegensatz zu vielen Instituten des Sachenrechts, z. B. § 875.

Durch seine Zweiseitigkeit unterscheidet sich der Erlaß von dem Verzicht, der als solcher einseitig wirksam ist, Cohn aaO. S. 260ff., 272, 278, 287. Auch im Schuldrecht kommt der einseitige Verzicht vor, so kann auf eine Einrede grundsätzlich einseitig verzichtet werden kann, Cohn S. 272, wenigstens dann, wenn die Einrede eine aufschiebende ist. Bei peremtorischer ist das zweifelhaft, weil ihre Beseitigung materiell der Neubegründung des bisher durch sie paralysierten Rechtes sehr nahe kommt. Das legt nahe, zu ihrer Beseitigung weder den einseitigen Verzicht noch den formlosen zweiseitigen Erlaß genügen zu lassen, sondern einen dem Begründungsakt des fraglichen Rechtsverhältnisses entsprechenden, also möglicherweise formellen Dispositivakt zu erfordern. So auch Planck zu § 305 Nr. 4.

3. **Form:** Beim Fehlen einer Sonderbestimmung ist der Erlaßakt formlos; er kann also auch stillschweigend geschlossen werden, z. B. durch Rückgabe des Schuldscheins; ferner kann sich auch in der äußeren Form einer Quittung ein Erlaßwille kundgeben. Aber keineswegs immer, als solche, haben die beiden letzterwähnten Akte solche Bedeutung, s. oben Bem. 5 zu § 368, und selbst eine Vermutung für den Erlaßwillen bei ihnen ist dem BGB. fremd, s. Mot. S. 116.

4. Der Erlaß ist ein **abstrakter Akt,** ähnlich wie Schuldversprechen (§ 780) und Zession (§ 398), bei denen es auf die causa, den Rechtsgrund, zunächst nicht ankommt. Der das besonders aussprechende § 290 Abs. 2 E. I ist nur, weil selbstverständlich, gestrichen worden.

Mängel des Rechtsgrundes können nur indirekt, insbesondere aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812ff.), zur Umstoßung des Aktes verwendet werden.

Das gilt selbst, wenn gegenseitige Schuldverhältnisse durch Erlaß beseitigt werden sollen. Dann stehen die beiden Erlaßakte zu einander an sich nur in dem indirekten Abhängigkeitsverhältnis der causa, der Nichtbestand der einen Seite berechtigt den andern Teil zu einem Bereicherungsanspruch nach den Regeln von § 812ff. S. Mot. S. 115. Doch kann natürlich jeder Teil seinen Erlaßwillen als durch das gültige Zustandekommen des Gegenerlasses bedingt erklären und dadurch eine stärkere Abhängigkeit bewirken. Ferner kann der ganze Vertrag einheitlich aufgehoben werden durch einen, vom Erlaß verschiedenen, Aufhebungsvertrag, s. Vorbem. vor § 362 Nr. 3b.

5. Daß der **teilweise** Erlaß auch nur teilweise wirkt, ist selbstverständlich. — Über die Bedeutung des Erlasses bei Gesamtschuldverhältnissen s. §§ 423, 429, 432.

6. In gewissen Fällen ist ein Erlaß **unwirksam,** s. z. B. §§ 1614, 1714.

7. Abs. 2 behandelt die **negative Anerkennung** — „Aberkennung" nach Buhl (zur Lehre vom Anerkennungsvertrag, 1875) — im Gegensatz zu der in § 781 behandelten positiven. Sie ist zwar vom Erlaß verschieden, denn bei diesem wird ein bislang noch bestehendes Forderungsrecht unterstellt, beim negativen Anerkenntnis dagegen wird sein Nichtbestehen erklärt. Aber indem es nach § 397 nicht nur deklaratorische, sondern konstitutive Bedeutung hat, beseitigt es die etwaigen Mängel und Zweifel, die gegen den Wegfall des Schuldverhältnisses noch bestehen konnten (Zweifel über Vornahme und Korrektheit der Zahlung, über Wirksamkeit einer vollzogenen Aufrechnungserklärung usw.), ähnlich wie die positive Anerkennung die Mängel des Schuldverhältnisses heilt; es kann sich auch in seiner äußeren Form in Wahrheit ein Erlaßwille kundgeben.

Aber natürlich wirkt diese negative Anerkennung nur soweit, als sie will; sie geht nicht notwendig auf das Nichtbestehen des Schuldverhältnisses überhaupt, sondern will unter Umständen nur einen bestimmten gegen die Aufhebung gerichteten Zweifel zerstreuen (anders Fr. Leonhard, Beweislast S. 388: die Form der negativen Anerkennung beweise, daß damit die ganze Schuld getilgt werden solle). Dann würden andere Anfechtungsgründe noch bestehen bleiben. Aber auch sonst kann sie nach den allgemeinen Regeln der Bereicherungsansprüche beseitigt werden, so besonders § 812 Abs. 2. Besonders in dem Fall, wenn das negative Anerkenntnis unter der Voraussetzung ausgestellt ist, daß die Schuld nicht mehr bestehe, und sich diese Voraussetzung nun als falsch erweist, ist eine condictio nach Art der indebiti zulässig, so ausdrücklich E. I § 290 Abs. 4. Aber diese Voraussetzung darf man nicht mit Planck Nr. 5 ohne weiteres unterstellen, denn dadurch würde der rechtspolitische Wert des Aktes ohne Not fast aufgehoben werden. So auch Enneccerus S. 532, Kisch bei

Grünhut 29 355, Schollmeyer Nr. 2. S. aber auch Fr. Leonhard, Beweislast S. 388.

Das negative Anerkenntnis wird dem Erlaß gleichgestellt und bedarf daher ebensowenig einer bestimmten Form, wie dieser, im Gegensatz zum positiven, § 781. Eine analoge Heranziehung dieser Formvorschrift auf unseren Akt ist bei ihrem Ausnahmecharakter untunlich. — Zum negativen Anerkenntnis gehört auch die Entlastung des Rechnungsstellers, Dernburg § 40, die aber möglicherweise weitergehend einen der Kondiktion unzugänglichen völligen Verzicht auf weitere Ansprüche enthält.

Vierter Abschnitt.

Übertragung der Forderung.

Vorbemerkung.

Abstrakter Charakter der Übertragung 3.
Arten der Übertragung 2.
Ausnahmen von der Übertragbarkeit 5.
Blankozession 8.
causa cessionis 3.
Denuntiation 4.
Fiduziarische Zession 3 Abs. 3.
Form der Übertragung 4.
Vorverträge 7.
Zession 1.
Zession anderer als oblig. Rechte 6.

Literatur: die bisherige s. bei Windscheid zu § 328; zum neuen Recht: Stammler S. 180ff. S. auch Affolter, ArchBürgR. 13 296ff.

1. **Wesen:** Die Zession, Übertragung der Forderung, ist mit der Bedeutung einer wahren Singularsukzession darin, wenn nicht schon dem Römischen, so doch jedenfalls dem Gemeinen und den sonstigen anderen Rechten bekannt, s. die Belegstellen in den Mot. S. 118 Nr. 1. Die dagegen noch in neuerer Zeit (z. B. von Kuntze) erhobenen Bedenken sind unbegründet und in der Wissenschaft fast einmütig zurückgewiesen. Dem hat sich denn auch das BGB. angeschlossen, wie in § 398 von vornherein ausdrücklich betont wird.

2. **Arten der Zession:** Die Übertragung kann geschehen

a) durch Vertrag,
b) durch gesetzliche Bestimmung,
c) durch Richterspruch.

Die Fälle der letzteren Art sind in die ZPO. verwiesen (s. §§ 835ff.; Denkschr. S. 495ff.); über die der zweiten s. § 412 und Bem. dazu. Das BGB. behandelt in den §§ 398/411 nur die vertragsmäßige Zession, „Abtretung" nach der Terminologie des Gesetzes; jedoch werden nach § 412 ihre wichtigsten Sätze auf die gesetzliche ausgedehnt. Nicht überall da, wo eine Verpflichtung zur Übertragung stattfindet, erkennt das Gesetz eine unmittelbare cessio legis an (gegen Savigny und die landrechtliche Auffassung). S. z. B. § 255.

3. Der Zessionsvertrag ist nach BGB., wie die Tradition, die Auflassung, der Erlaß, ein selbständiger **abstrakter Akt**, so besonders E. I § 294 Abs. 2, nachher nur als entbehrlich gestrichen. Er ist zu scheiden von seinem Rechtsgrunde, der causa cessionis, die ihrerseits in Erfüllung einer schon vorhandenen (vertragsmäßigen, letztwillig überkommenen, gesetzlichen) Verpflichtung, oder aber im Abschluß eines neuen Vertrages (z. B. Schenkung) bestehen kann. Daß die Zession zeitlich und äußerlich mit dem Kausalgeschäft oft zusammenfallen wird (z. B. ich zediere jemandem eine Forderung zu Schenkzwecken), tut der begrifflichen Selbständigkeit des Zessionsaktes gegenüber seinem Rechtsgrunde keinen Eintrag.

Etwaige Mängel der causa wirken, wie beim Erbrecht, auf die Gültigkeit der Zession höchstens mittelbar, nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung, §§ 812ff.

Möglicherweise enthält das Kausalverhältnis Einschränkungen des dem Zessionar übertragenen Rechts; der mit der Zession verfolgte Zweck ist nur ein beschränkter — so wenn sie nur zu Verpfändungs- und überhaupt Sicherungszwecken, zu Inkassozwecken und dergl. geschieht. Diese bloß interne Beschränkung tut der Wirksamkeit des Aktes nach außen nicht den mindesten Abbruch; ist die Gültigkeit der Zession, inbehaltlich etwaiger Bereicherungsansprüche, selbst durch das völlige Fehlen des Rechtsgrundes

nicht beeinträchtigt, so kann die bloße Einschränkung der übrigens vorhandenen causa auf derlei beschränkte Zwecke unmöglich die volle Wirksamkeit des Aktes in Frage stellen: die Wirksamkeit der sogen. **fiduziarischen Zession** ist mangels besonderer sie ausschließender Vorschriften eine unabweisliche Folgerung aus dem abstrakten Charakter der Zession. Das ist auch die weitaus herrschende Meinung, die nur vereinzelt bestritten wird, so von Stammler S. 196 wegen § 409, der aber von Hellmann, KrVJSchr. **41** 238 durch die durchschlagende Berufung auf § 223 Abs. 2 widerlegt wird, sowie von Schöninger, ArchZivPrax. **96** 163 ff., der die Zession zu Inkassozwecken nur als formale, nicht als materielle Übertragung anerkennt, ein verdecktes Vollmachtsverhältnis darin sieht, S. 195–6; ähnlich auch Wienstein, Gruchot **48** 485 ff. und DJZ. **05** 833 ff. Das beruht auf einer unzulänglichen Scheidung zwischen dem Verhältnis nach innen und nach außen: daß ich ein erworbenes Recht einem andern, also auch dem Vormann, gegenüber nur in beschränkter Weise, nur zu bestimmten Zwecken, ausüben darf, ist für die Rechtszuständigkeit nach außen schlechthin gleichgültig; nicht kraft Vollmacht, sondern kraft eigener Rechtszuständigkeit und daher ohne Rücksicht auf das Kausalverhältnis zum Zedenten kann der fiduziarische Zessionar sein Recht ausüben. So auch Planck zu § 398 Nr. 1; Lilienthal, DJZ. **02** 542 ff.; Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 5; nicht minder die vorwiegende Praxis, besonders RG. ZS. I vom 10. X. 1903 bei Gruchot **48** 868 sowie OLG. Karlsruhe vom 2. XII. 1902 in OLGRspr. VIII S. 442. S. auch Dernburg § 135, IV, Schollmeyer zu § 398 Nr. 4.

Daraus folgt aber dann auch als unabweisliche Folgerung, daß ein Widerruf des den Rechtsgrund der Abtretung bildenden Auftrags (Inkassomandats) die Rechtszuständigkeit des Zessionars dem Schuldner gegenüber nicht ohne weiteres nehmen kann, sondern dem Zedenten nur einen Anspruch auf Rückübertragung (condictio ob causam finitam) gewährt. Das ist vom RG. ZS. I, 9. II. 1903, Bd. 53 Nr. 104 S. 418–9 in beklagenswerter Weise verkannt (zustimmend allerdings Staub, DJZ. **03** 389, Kuhlenbeck-Staudinger aaO. und ähnlich OLG. Dresden vom 6. VI. 1904 in Rspr. IX S. 30, s. auch schon RG. 39 Nr. 41 S. 166). Zuzugeben ist nur, daß einmal trotz des Wortes „Abtretung" im Einzelfall möglicherweise die Absicht allein auf eine dem Inkassomandat hinzugefügte gewöhnliche Vollmacht ohne sonstigen Rechtserwerb des Inkassomandatars gerichtet sein kann (so auch Planck aaO. im Anschluß an RG. 52 S. 216), sowie daß zum andern jede, also auch die fiduziarische Zession mit einer — möglicherweise selbst als stillschweigend beigefügt zu unterstellenden — auflösenden Bedingung versehen werden kann, als welche auch das Erlöschen des etwaigen beschränkten Kausalverhältnisses zu dienen vermag. Dem Schuldner bleibt dabei der Schutz des § 409.

4. Die Zession ist **formfrei**. Auch eine Mitteilung von ihrem Vollzug an den Schuldner (denuntiatio) ist, im Gegensatz zur herrschenden Lehre des GR., Windscheid § 331 No. 8, s. auch Landrecht I, 11, § 413, nicht von konstitutiver Bedeutung; wenn § 407 dem Schuldner gestattet, noch mit befreiender Kraft an den alten Gläubiger zu zahlen, so ist das nur einer der zahlreichen Fälle, in denen das Gesetz eine Zahlung an den Nichtgläubiger befreiend wirken läßt (s. z. B. §§ 793, 808), eine positive Schutzbestimmung im Interesse des gutgläubigen Verkehrs. So auch RG. ZS. V vom 23. I. 1904, Seuffert 59 Nr. 100 S. 177 ff., wo daraus mit Recht gefolgert wird, der Zedent könne auch keinen Interesseanspruch mehr geltend machen aus einer Nichterfüllung des Schuldners nach der Zession dem Zessionar gegenüber.

Anders freilich Bekker, Iherings Jahrb. **49** 6–7, der das „Vollrecht" erst mit der Denuntiation oder sonst erlangten Kenntnis des Schuldners vom Abtretungsakte übergehen, vorher nur eine „Verfügungsgewalt" des Zessionars und ein „Schwebeverhältnis" entstehen läßt. Ein Beweis für diese dem klaren Wortlaut des Gesetzes (§ 398) widerstreitende Konstruktion ist nicht angetreten.

Besondere Form für hypothekarisch gesicherte Forderungen, s. §§ 1154, 1159.

5. Die Zession ist im allgemeinen bei **allen** Schuldverhältnissen am Platze; nur gewisse Beschränkungen finden sich in den §§ 399/400, s. Bem. dazu.

6. Die Zession bezieht sich zunächst auf **Schuldverhältnisse**, doch gibt es auch eine solche von dinglichen Ansprüchen, Autorrechten usw., und es sollen darauf laut § 413 die Regeln dieses Titels Anwendung finden. Insbesondere werden für übertragbar erklärt: der Eigentumsanspruch (§§ 870, 931); der Pflichtteilsanspruch (§ 2317); das Recht aus dem Meistgebot (Gesetz über die Zwangsversteigerung § 81). S. aber auch

Sohm (bei § 399) S. 30, der darlegt, man müsse bei rein dinglichen und personenrechtlichen Ansprüchen im Zweifel von der Nichtabtretbarkeit ausgehen.

7. **Vorverträge über die Abtretung:** Daß sie möglich sind, unterliegt keinem Bedenken, s. dafür auch RG. 54 Nr. 43 S. 146 ff. Meist wird man ihrer freilich nicht bedürfen, wegen der Möglichkeit einer betagten oder bedingten Abtretung. Doch kann es Fälle geben, wo ihr Abschluß Vorteile bietet, z. B. bei Formbedürftigkeit der Vollabtretung — so bei der einer durch Buchhypothek gesicherten Forderung, oder aus anderen Gründen notwendig ist, z. B. Vertrag über Abtretung einer Forderung an einen dritten.

Hier bleibt der Gläubiger noch Träger der Forderung; er kann sie, vorbehaltlich seiner Haftung auf das Interesse, noch weiter abtreten oder verpfänden; sie ist durch seine Gläubiger pfändbar und fällt in seine Konkursmasse, ohne Aussonderungsrecht des Vertragsgegners.

8. **Blankozession:** Man muß es (mit Dernburg § 135, III; Kuhlenbeck-Staudinger 1aβ) als wirksam anerkennen, wenn in einer Zessionsurkunde die Person des Zessionars noch nicht bestimmt, sondern in der Urkunde offen gelassen und demnächst ausgefüllt wird. In Aushändigung dieser Urkunde liegt im Zweifel die Vollmacht, den Akt durch Ausfüllung des Namens zu vervollständigen.

§ 398.

Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschlusse des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers.

E. I 293, 294[1–2], E. II 342, RV. 392. — Mot. S. 118—20, Prot. S. 377—83. D. S. 82—83.

S. Vorbemerkung.

§ 399.

Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist.

E. I 295, E. II 343, RV. 393. — Mot. S. 121—3, Prot. S. 384. D. S. 83—4.

Literatur: Sohm, Der Gegenstand, 1905, bes. S. 30—1.

Akzessorische Rechte 1g.
Ansprüche aus pacta de contrahendo 1aβ.
Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen 2a.
Höchstpersönliche Ansprüche 1a.
pactum de mutuo dando 1aβ.
pactum de non cedendo 1b.
Positive Ausnahmen von der Übertragbarkeit 1d, e.

1. Wie bisher, ist auch nach BGB. **die Abtretung im Prinzip überall zugelassen,** dies aber durch gewisse **Ausnahmefälle** durchbrochen. Es sind folgende:

a) Forderungen, die wegen ihrer **besonderen Zweckbestimmung** nur gerade gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger erfüllt werden können.

Dahin gehören:

α) Die meisten Ansprüche aus Dienstverträgen, teilweise auch solche aus Werkverträgen. Beispiel: Erteilung von Unterricht. Anfertigung eines Porträts. Ebenso in der Regel Ansprüche auf Ausführung eines Auftrages. Sie alle sind nur insoweit übertragbar, als das besonders ausgemacht ist oder aus dem erkennbaren Zweck des Schuldverhältnisses als stillschweigend gestattet unterstellt werden darf, s. z. B. den vom RG. bei Seuffert 45 Nr. 177 S. 285 entschiedenen Fall (Ansprüche auf die Dienstleistung eines Privatbeamten, soweit nicht dessen Lage durch die Abtretung wesentlich geändert oder verschlechtert wird). Von einem gesetzlichen Verbot der Abtretung ist bei den genannten Verträgen keine Rede; die §§ 613 Abs. 2 und 664 Abs. 2 enthalten nur Auslegungssätze entsprechend dem vermutlichen Parteiwillen.

β) Ansprüche aus **Vorverträgen**?

Unübertragbar ist jedenfalls der Anspruch aus dem **pactum de mutuo dando**; das ergibt sich, falls es noch eines Beweises bedürfte, mit genügender Deutlichkeit aus § 610, s. dazu für das bisherige Recht Windscheid § 355 No. 5a und besonders wegen des sogen. Baugeldervertrags RG. bei Seuffert 52 Nr. 79 S. 148. Übrigens ist die Antwort sehr zweifelhaft. In Aufl. 1 war die Unabtretbarkeit bei allen Ansprüchen aus Vorverträgen angenommen, ebenso Rehbein S. 387, s. auch die gemeinrechtliche Praxis bei Windscheid aaO. Aber ich halte das nunmehr für zu weitgehend und glaube besser scheiden zu sollen (ähnlich Schollmeyer Nr. 3): geht der Vorvertrag auf Abschluß eines Hauptvertrages, der die eine Partei einseitig berechtigen sollte, so wird der Anspruch aus jenem grundsätzlich wenigstens insoweit übertragbar sein, als auch der Anspruch aus dem Hauptvertrage dies sein würde: also zwar nicht derjenige aus dem pactum de mandando und commodando (§ 603 S. 2) wohl aber der aus dem pactum de deponendo und dem pactum de mutuo accipiendo. Zweifelhaft ist die Behandlung des pactum de donando: da es schwerlich angängig erscheint, dem künftigen Schenker eine andere Person als Schenknehmer aufzudrängen, möchte ich mit Crome S. 325 gegen Schollmeyer die Abtretbarkeit verneinen (während der Anspruch aus dem wirklichen Schenkungsversprechen abtretbar sein dürfte.

Soll dagegen der Hauptvertrag beide Parteien verpflichten, so wird im Zweifel keine von ihnen den Anspruch aus dem Vorvertrag abtreten können, ebensowenig wie bei einseitig verpflichtenden der künftige Schuldner dies kann. Denn hier würde in der Tat die Einschiebung eines anderen Kontrahenten für den künftigen Hauptvertrag nicht nur formaljuristisch, sondern auch materiell, wirtschaftlich eine unvorhersehbare Änderung des Inhalts begründen.

γ) Vom Anspruch aus dem Darlehnsvorvertrag ist nach der Ansicht mancher zu sondern und soll der Abtretung fähig sein der **bloße Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta**, so Enneccerus S. 545, Lammfromm, Teilung, Darlehen usw. S. 213, Lehmann-Stobbe III S. 256, Schollmeyer Nr. 3, Planck Nr. 1. Anders aber Seuffert 19 Nr. 35, RG. 32 Nr. 90 S. 366 oben (für französisches Recht), wo mit Recht dargelegt wird, die Zusage eines Darlehens gebe nicht das Recht, den Geldbetrag abgelöst von seiner Eigenschaft als Leistung credendi causa zu empfangen. Ein nacktes Recht auf die Summenzahlung kann also, weil nicht bestehend, nicht übertragen werden, sondern nur gemeinsam mit dem Recht auf Empfang des Geldes als Darlehen, dem Anspruch aus dem Vorvertrag. Dieser aber ist wegen seiner Zweckbestimmung unübertragbar. S. auch Rehbein S. 387 Nr. 10, RG. ZS. I. 19. XII. 1896, Bd. 38 Nr. 83 S. 308 ff. — im allgemeinen für Abtretbarkeit des hier in Frage stehenden Anspruchs, aber unter starker Einschränkung für den Fall des Baugeldervertrags unter Berufung auf dessen Zweck, S. 311—2; s. auch in Bezug auf diesen gegen die Abtretbarkeit mit guten Gründen Friedländer, SeuffBl. 69 203 ff. Dem praktischen Bedürfnis geschieht dadurch Genüge, daß man dem dritten eine Anweisung auf den Geldgeber ausstellt, mit deren Honorierung dann das Darlehen zwischen diesem und dem Anweisenden zustande kommt.

ε) Der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches ist in dem Sinne, daß der Schuldner die Eintragung zu Gunsten eines neuen statt des ursprünglichen Berechtigten zu bewilligen hätte, unübertragbar, weil das eine vollständige Änderung der geschuldeten Leistung zur Folge haben würde, s. Kretzschmar, Grundbuchrecht S. 211.

b) Entsprechend der herrschenden Lehre des Gemeinen (s. Windscheid § 335 Nr. 5; RG. Bd. 31 Nr. 32 S. 164 und bei Seuffert 40 Nr. 192 S. 288) und Landrechts, aber entgegen dem Entw. I ist auch das **pactum de non cedendo** als dinglich wirkender Hinderungsgrund der Übertragung anerkannt. Mit Recht — denn wenn die Parteien grundsätzlich über Inhalt und Bedeutung des zu schaffenden Rechts freie Bestimmungsmacht haben, so können sie ihm auch als inhaltliche Beschränkung die Verknüpfung mit der Person des ursprünglichen Berechtigten einfügen. Auch entspricht das einem vielfachen Interesse der Berechtigten (s. Prot. S. 384); die etwaigen Bedenken ist § 851 ZPO. zu zerstreuen bestimmt. Dabei ist mit Rehbein S. 388 anzunehmen, daß die der Abrede zuwider vollzogene Abtretung nicht schlechthin, sondern nur dem Schuldner gegenüber unwirksam sei, dieser sie genehmigen könne. Dies nach der naheliegenden Analogie des privaten Veräußerungsverbots, § 135.

Aus der Wirksamkeit unserer Abrede hat das OLG. Posen nach dem Grundsatz in maiore minus diejenige einer Abrede gefolgert, wonach die Abtretung zwar statthaft sein, aber trotzdem nur auf Antrag und gegen Quittung des alten Gläubigers geleistet werden soll, Seuffert 59 Nr. 220 S. 391.

c) **unpfändbare** Forderungen nach § 400.

d) außerdem hat das Gesetz noch einzelne **positive Ausnahmen**, so z. B. 717 (Gesellschaftsrecht), 847 S. 2 (Ersatzanspruch wegen immateriellen Schadens), ebenso § 1300. Die §§ 514, 613, 664 gehören unter einen anderen Gesichtspunkt (s. oben a).

e) s. ferner Gesetz vom 21. Juni 1869, §§ 1 ff.; Gewerbeordnung § 100e; Unfallversicherungsgesetz § 68; auch den Vorbehalt wegen weiterer landesgesetzlicher Bestimmungen in EG. Art. 81; Reichsbeamtengesetz vom 31. III. 1873 § 128 ff. Auf den einschlagenden besonderen öffentlich rechtlichen Gesichtspunkten würde es auch beruhen, wenn der Darlehensanspruch der öffentlichen Pfandleihe mit dem RG. 3S. III vom 26. IV. 1900, DJZ. 04 745, für unübertragbar erklärt werden sollte, wie ich gleichfalls anzunehmen geneigt bin.

f) Über die Abtretung rechtshängiger Forderungen bestimmt ZPO. § 265.

g) Neben diesen grundsätzlich unzweifelhaften stehen einige **zweifelhafte Fälle** unabtretbarer Forderungen:

α) „Die „**Rechte des rechtlichen Könnens**" im Sinne Zitelmanns (oder wie Seckel, Berliner Festgabe für R. Koch, sie nennt, die Gestaltungsrechte). Bei ihnen wird man scheiden müssen:

αα) Unübertragbar sind alle diejenigen, die wegen ihrer untrennbaren Beziehung zu einem anderweiten Recht von diesem nicht getrennt werden können, z. B. Wahlrecht bei der Wahlschuld, Ablösungsrecht, facultas alternativa, Kündigungsrecht, Zurückweisungsrecht, s. die Liste bei Seckel S. 221. Sie gehen mit dem Hauptrecht ohne weiteres über, sind aber für sich keine Gegenstände der Übertragung. Ebenso Sohm S. 30.

ββ) Einzelne andere Rechte dieser Art sind trotz Fehlens einer solchen Beziehung unübertragbar aus dem Gesichtspunkt oben zu a, so z. B. das Widerrufsrecht des Schenkers aus § 530 (so auch Seckel).

γγ) Übrigens hat die Übertragbarkeit der selbständigen Gestaltungsrechte schwerlich Bedenken. So sind z. B. Vor- und Wiederkaufsrechte begrifflich übertragbar. Das wird durch § 514 nicht widerlegt, sondern bestätigt, da dort die Übertragbarkeit nicht im Sinne eines Verbots, sondern nur im Sinne eines aus der normalen Zweckbestimmung entnommenen nachgiebigen Rechtssatzes ausgeschlossen wird.

δδ) Zweifelhaft sind die Fälle des **Rücktritts- und Anfechtungsrechts**. S. wegen des ersteren die sorgfältig abwägende Darstellung bei Seckel aaO. Keinenfalls ist es übertragbar in dem Sinne, daß in der Person des Erwerbers die Pflichten des Rücktretenden, §§ 346 ff., entstehen; denn unmöglich kann dem Gegner ein anderer Schuldner aufgedrängt werden. Dagegen ist das aus dem Rücktritt künftig entstehende Rückforderungsrecht übertragbar; es ist freilich eine künftige Forderung, aber eine solche, für die im Rücktrittsrecht der Grund bereits gelegt ist. Diese Übertragung kann auch zweifellos mit einer Bevollmächtigung zur Ausübung des Anfechtungsrechts verbunden werden. Ist aber auch dieses selbst mit der eben festgestellten Einschränkung übertragbar? Es ist nur ein Mittel zur Beseitigung des Kausalverhältnisses; seine Übertragung würde somit des vernünftigen Sinnes entbehren: sie bedeutete, daß ein dritter darüber entscheiden solle, ob ein zwischen anderen Personen bestehendes Rechtsverhältnis bestehen soll oder nicht. Man wird das Rücktrittsrecht zu den unselbständigen Rechten des rechtlichen Könnens im Sinne von oben α zählen dürfen.

Entsprechendes gilt vom Anfechtungsrecht. Es kann als solches nicht übertragen werden (so auch bisher RG. **30** 74, **39** 13 ff.): denn dadurch erlangte ein dritter das Recht, über den Bestand eines zwischen anderen bestehenden Rechtsverhältnisses zu entscheiden, was sinnlos und rechtspolitisch bedenklich erschiene. Wohl aber wird es vielleicht ohne weiteres auf den mit übergehen, der durch Rechtsnachfolge in die durch den anfechtbaren Rechtsakt beeinflußte Rechtssituation gekommen ist, z. B. wird der Erwerber einer Sache das für den Vormann begründete Anfechtungsrecht einer Nießbrauchs- oder Pfandrechtsbestellung ausüben können. Keinem Bedenken unterliegt die Übertragbarkeit der aus der Anfechtung erworbenen oder zu erwerbenden Rückforderungsrechte, und damit kann eine Vollmacht zur Ausübung des Anfechtungsrechtes verbunden werden.

Teilweise anders überall Seckel. Jedenfalls ist die Frage schwierig und näherer Prüfung bedürftig.

β) **Die akzessorischen Rechte.** Daß sie mit dem Hauptrecht übertragen werden können, ja auch ohne besonderen Übertragungsakt mit ihm von selbst übergehen, ist zweifellos. Aber sind sie auch selbständiger Übertragung fähig? Die Frage war bisher bestritten, dafür Vangerow III S. 108, Windscheid § 335 No. 15, dagegen Dernburg, Pandekten II § 50 Nr. 2. Die Bürgschaftsforderung insbesondere sollte übertragbar sein nach dem BayObLG. vom 25. X. 1897 bei Seuffert 53 Nr. 149 S. 269, nicht übertragbar nach dem RG. vom 8. III. 1886, Entsch. Bd. 15 Nr. 66 S. 278, sowie nach dem PrOTr. **38** 37, **82** 135.

Das BGB. bestimmt darüber nichts allgemeines. Jedoch wird die Übertragung der Hypothek ohne die Forderung abgelehnt, § 1153 Abs. 2, während andererseits nach § 401 Hypotheken, Pfand- und Bürgschaftsrechte mit der Forderung ohne weiteres übergehen sollen.

Übrigens besteht Streit. Nach dem Vorgang der Mot. S. 121 entscheiden sich die meisten für die Übertragbarkeit, sei es allgemein, so Leske S. 165, sei es insbesondere wegen der Vertragsstrafe, so Dernburg § 100, III, 4, Kaufmann S. 280, Matthiaß S. 405, Schollmeyer Nr. 1. Gegen die Übertragbarkeit, insbesondere bei der Bürgschaftsforderung, Kremer, Die Mitbürgschaft S. 16. Anders als in Aufl. 1 trete ich der herrschenden Meinung wegen der (noch nicht verfallenen) Vertragsstrafe bei. Aber nur deshalb, weil sie nicht im strengen Sinn ein akzessorisches, vielmehr ein bedingtes Recht darstellt. Übertragen wird nicht das Wahlrecht oder, wie andere es konstruieren, die facultas alternativa, sich für die Strafe zu entscheiden, sondern das durch seine künftige Ausübung entstehende künftige Recht. Dagegen bei den wirklich akzessorischen Rechten verbleibt es bei der Unübertragbarkeit; die genannten Sätze des BGB. dürften insofern verallgemeinert werden können. Auch wäre das Gegenteil insbesondere bei der Bürgschaft höchst seltsam: Der Anspruch gegen den Bürgen soll doch nur der sicheren Durchführung des Hauptanspruchs dienen, er kann also von diesem nicht getrennt werden, ohne seiner Zweckbestimmung entfremdet zu werden. Für sinnlose und zweckwidrige Akte aber sollte die Rechtsordnung keine Handhaben bieten!

Als akzessorisch wird man auch die Rechte aus dem vertragsmäßigen Konkurrenzverbot erachten dürfen: sie sind übertragbar nur in Verbindung mit dem Geschäft, zu dessen Gunsten das Verbot vereinbart ist, RG. 37 Nr. 46 und bei Seuffert 56 Nr. 227 S. 412 (28. VII. 1901). Auch der Anspruch auf Rechnungslegung ist als akzessorisch unübertragbar, Treitel, ArchBürgR. **14** 40.

Anders steht es mit Zinsansprüchen, die, einmal entstanden, eine selbständige Natur haben; sie können für sich übertragen werden, wie sie andererseits mit der Übertragung des Hauptrechts noch nicht ohne weiteres übergehen.

γ) **Künftige Forderungen:** Ihre Übertragbarkeit ist in der letzten Zeit außerordentlich streitig geworden; dagegen besonders Eccius DJZ. **04** S. 53ff. und bei Gruchot **48** 465ff., Kipp zu Windscheid II S. 361 (für Gem. Recht s. Windscheid § 335 Anm. 12), Langheineken Anspruch S. 55ff., Rehbein S. 382, Seuffert Kommentar, zur ZPO. Aufl. 9, Bd. II S. 491—2, Straus, DJZ. **03** 342.

Dafür u. a. (s. auch die Angaben in Neumanns Jahrb. I S. 298—9), Heuer DJZ. **03** 28—29, Abrahamsohn daselbst S. 343 (wegen § 717 S. 2), Grünewald daselbst **05** 801ff., Lippmann daselbst **04** 255ff., Matthiaß S. 451, Planck Nr. 4e, Staudinger zu § 398 Nr. 1aa, v. Tuhr DJZ. **04** 426ff. Für die unbedingte Abtretbarkeit selbst solcher Forderungen, zu deren Entstehung noch nicht einmal der Grund gelegt ist, auch das RG. ZS. VII, 29. IX 1903, Bd. 55 Nr. 83 S. 334 (= Seuffert 59 Nr. 178), sowie 26. IV. 04, DJZ. **04** 745, ebenso OLG. Braunschweig bei Seuffert 59 Nr. 179 S. 314 und OLG. Hamburg (1. XI. 1901) in OLGRspr. IV S. 213.

Richtig dürfte sein und wird fast allgemein anerkannt, daß solche Forderungen abtretbar sind, für die bereits in bindender Weise der Grund gelegt ist, auch wenn zur wirklichen Entstehung noch ein weiteres Tatbestandsmoment hinzukommen muß. Dahin gehören nicht nur bedingte Ansprüche, sondern auch solche, die sich aus der Ausübung eines vorhandenen Anfechtungs-, Rücktritts-, Vorkaufs- und Wiederkaufsrechtes ergeben können. Hier liegt bereits ein Teil des Entstehungstatbestandes vor, und es läßt sich daraus Eigenart und Umfang der künftigen Ansprüche mehr oder

minder genau bestimmen. Dasselbe kann vielleicht auch von sekundären Ansprüchen gelten, die sich aus einem bereits vorhandenen primären Schuldverhältnis mit mehr oder minder großer Bestimmtheit entwickeln werden. Das ist im Fall des § 717 S. 2 ausdrücklich anerkannt, und eine Verallgemeinerung hat kaum erhebliche Bedenken gegen sich. Aber weiter zu gehen und alle möglichen mehr oder minder phantastischen, in Entstehungsgrund, Inhalt und Umfang noch unübersehbaren Zukunftsansprüche zu möglichen Übertragungsobjekten zu erheben, dazu liegt kein genügender praktischer Anlaß vor, und theoretisch erwecken derartige „Zessionen“ wegen ihres meist völlig unbestimmten Inhalts schwere Bedenken. Es wären das spekulative Geschäfte, die wegen der Unübersehbarkeit ihrer Folgen leicht unvorhergesehene Benachteiligungen der einen oder andern Partei mit sich bringen möchten. Die Gegengründe der Gegner beziehen sich fast ausnahmslos nicht auf diese, sondern auf die oben als möglich anerkannten Fälle, und wenn einige von ihnen eine „genaue Bezeichnung des Rechtsgrundes der abzutretenden Forderung“ verlangen (so Abrahamsohn), so sehe ich nicht ein, wieso das in den letzterwähnten Fällen möglich sein soll. Auf §§ 765 und 1113 kann man sich nicht mit Lippmann berufen, da nicht feststeht, daß dort „künftige Forderungen“ in dem zuletzt besprochenen Sinne gemeint sind. Außerdem ist ein Analogieschluß daraus nicht sicher; ebensogut könnte man das Fehlen einer entsprechenden Vorschrift bei der Zession als argumentum a contrario benutzen.

δ) **Natürliche Verbindlichkeiten**: Sofern es solche gibt, was nach dem Allgemeine Vorbem. Nr. 5 Gesagten nicht sicher ist, wird ihrer Abtretung wohl nichts im Wege stehen, s. Enneccerus S. 544.

ε) **Feststellungsansprüche**: Es kommt auf ihre Konstruktion an. Sieht man darin privatrechtliche Ansprüche, so dürfte die Abtretung statthaft sein, nach dem allgemeinen Grundsatz der §§ 399, 413. Erachtet man sie aber, m. E. allein zutreffend, für bloße Erscheinungsformen des publizistischen, gegen das Gericht als Staatsorgan gerichteten Rechtsschutzanspruches, so wird die Entscheidung verneinend ausfallen müssen. So auch aus diesem Grunde OLG. Hamburg vom 27. III 1903 und vom 25. IV. 1903 in Rspr. VIII S. 46. Ebenso Planck zu § 398 Nr. 4 g a. E.

Daß der Rechtsschutzanspruch übertragbar sei, würde seinem publizistischen Charakter nicht entsprechen und ist weder im allgemeinen noch für unseren Sonderfall erweislich. Es folgt auch nicht aus § 265 ZPO. Denn wenn der Erwerber eines rechtshängigen Anspruches danach mit Einwilligung des Gegners in den Prozeß eintreten kann, so heißt das nicht, daß der Rechtsschutzanspruch des Vormanns auf ihn übergehe, sondern daß er während des schwebenden Prozesses erst unter jener Voraussetzung auf Grund des erworbenen Rechts einen eigenen Rechtsschutzanspruch erlange.

2. **Gegenstände der Übertragung**: Im übrigen sind alle Ansprüche übertragbar; nicht übernommen ist insbesondere das römische Verbot der cessio in potentiorem.

Übertragen können auch werden Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, ohne daß damit zugleich die korrespondierenden Pflichten übernommen zu werden brauchten, s. dazu Entsch. d. RG. 6 Nr. 116; 13 Nr. 7. Anders zum Teil Stammler S. 186, der damit, wenigstens soweit es sich um „von vornherein zusammengesetzte und in sich mehr verwickelte Leistungen“ handelt (welche sind das?), ohne weiteres auch die Vertragspflichten übergehen läßt nach den Regeln der Schuldübernahme; ähnlich auch Lehmann-Stobbe III S. 257—8. Indes der dafür angeführte § 571 enthält offenbar eine Sonderbestimmung; übrigens ist zu betonen, daß die dem Zedenten gegenüberstehende Einrede des nichterfüllten Vertrages natürlich auch dem Zessionar gegenüber wirkt, nach § 404. Damit schwinden alle etwaigen praktischen Bedenken. S. auch Endemann S. 861. Natürlich kann der Zessionar die seinem Vormann obliegende Gegenverpflichtung, wie jeder beliebige dritte, erfüllen, nur „Vertretbarkeit“ der Leistung vorausgesetzt, und dadurch die Einrede aus § 320 beseitigen. Übrigens muß er zwecks ihrer Beseitigung den Zedenten aus dem unterliegenden Kausalverhältnis in Anspruch nehmen.

Hat der Gegner vorzuleisten, so kann natürlich auch der Zessionar eine Leistung verlangen; das Bedenken Endemanns aaO., daß das gegen Treu und Glauben verstoßen könne, ist schwerlich begründet; da der Zedent Schuldner bleibt, wird das auf ihn gesetzte Vertrauen doch nicht gefährdet. Tritt aber in seinen Verhältnissen eine Änderung im Sinne des § 321 ein, so kann die dort gewährte Einrede auch dem Zessionar entgegengesetzt werden, RG. 51 Nr. 39 S. 170 ff.

Fraglich könnte noch sein, ob der Gegner wegen Verzuges des Zedenten gemäß § 326 auch mit Wirkung gegenüber dem Zessionar zurücktreten könne. Die Frage ist

gewiß zu bejahen, da andernfalls der Zedent die Lage des Schuldners durch Abtretung nachteilig beeinflussen könnte; er überträgt ihm aber naturgemäß nur ein durch die synallagmatische Verknüpfung mit der Gegenverpflichtung beschränktes Recht, und der Zessionar kann sich den Konsequenzen dieser Verknüpfung nicht entziehen. Umgekehrt kann auch der Zessionar, wenn ihm gegenüber der Schuldner in Verzug kommt, alle Gläubigerrechte ausüben: Schadensersatz-, Rücktrittsrecht usw. Denn das kann die Lage des Zedenten, der nur Schuldner geblieben ist, nicht beeinträchtigen. Anders bei Teilzessionen: hier darf der Zessionar nicht etwa im Falle des § 326 Abs. 1 S. 3 Rücktritt wegen des Ganzen, einschl. des dem Zedenten gehörigen Teiles, wählen. S. auch RG. 55 Nr. 99 S. 403.

3. Abtretbar sind auch **Teile von Forderungen**, Dernburg § 137, V, soweit nicht die Leistung nach Natur oder Abrede unteilbar ist (so z. B. bei Rundreise- und Rückfahrkarten). Ferner muß der abzutretende Teil genügend bestimmt sein, sonst ist der Akt wegen Unbestimmtheit des Inhalts nichtig. Dasselbe muß gelten, wenn aus einer Mehrheit von Forderungen ein sich mit deren Gesamtbetrag nicht deckendes Quantum ohne nähere Individualisierung abgetreten ist, s. den Fall des RG. ZS. VII vom 21. X. 1904 bei Seuffert 60 Nr. 98 S. 192. Das RG. nimmt hier freilich Vollzession an mit der Verpflichtung, nur das bestimmte Quantum einzuziehen. Das scheint nicht unbedenklich; vielleicht hält man den Akt besser aufrecht durch Konversion (§ 140) in eine Inkassovollmacht des Inhalts, verschiedene Forderungen bis zu einem bestimmten Höchstbetrage einzuziehen.

4. Auf die Frage der **Vererblichkeit** von Forderungen bezieht sich § 399 nicht; wie weit die darunter fallenden Forderungen auch unvererblich seien, ist im Erbrecht zu prüfen. S. dazu Schwartz, Billigkeitsurteil S. 136/7, der dazu neigt, die nach Halbsatz 1 unabtretbaren Forderungen auch für unvererblich zu erklären. Das wird jedenfalls in den weitaus meisten Fällen in der Tat zutreffen, ob in allen, steht hier nicht zur Untersuchung.

§ 400.

Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist.

E. I 296[1], E. II 344, RV. 394. — Mot. S. 123—4, Prot. S. 384—5.

Es ist folgerecht, daß über die im öffentlichen Interesse der Pfändung nicht unterworfenen Ansprüche (§ 850 ZPO.) auch nicht durch private Abrede verfügt werden kann, da es sich dabei um Freihaltung eines gewissen Existenzminimums handelt. Anders freilich für das GR. Entsch. d. RG. Bd. 4 Nr. 42.

Insbesondere sind danach die **Unterhaltsansprüche** jedenfalls wegen der auf die Zukunft entfallenden Beträge der Abtretung entzogen. Ob das auch wegen solcher für die Vergangenheit gelte, darüber s. die Kommentare zur ZPO. sowie Wieruszowski, Eherecht S. 116—7.

Der Satz entspricht daher in seinen Zwecken dem ähnlichen des § 394. Ebenso sollen umgekehrt nach der neuen Bestimmung der ZPO. § 851 alle nicht übertragbaren Ansprüche auch der Pfändung nicht unterworfen sein. S. ferner EG. Art. 81.

§ 401.

Mit der abgetretenen Forderung gehen die Hypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über.

Ein mit der Forderung für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht kann auch der neue Gläubiger geltend machen.

E. I 297, E. II 345, RV. 395. — Mot. S. 124—5, Prot. S. 385—6.

1. **Nebenrechte**: Der Satz des § 401 Abs. 1 entspricht dem Gemeinen Recht (ll. 6, 23 pr. D. 18,4. Windscheid § 332 No. 8), dem Landrecht (I, 11, §§ 403 ff.) und

dem SächsGB. § 954; er stellt auch kein Sonderrecht dar, sondern ergibt sich eigentlich schon aus dem Sukzessionsprinzip des § 398 — folglich können die hier aufgeführten Typen auch im Wege der Analogie erweitert werden auf andere Fälle akzessorischer Gerechtsame: Pfandrechtstitel (z. B. aus § 648, hier streitig, s. Bem. dazu), Ansprüche auf Sicherstellung, so auch für das GR. Entsch. d. RG. 24 Nr. 28 S. 152; Rechte aus Vormerkungen, § 883.

Das gilt namentlich auch von den Ansprüchen auf künftige Früchte, Zinsen, Vertragsstrafen (s. Bem. 1 g zu § 399). Die bereits verfallenen freilich stellen verselbständigte Ansprüche dar, und sie gehen daher nach bisherigem Rechte (s. l. 67 D. 18,1; Seuffert 11,226 36,272; Landrecht I, 11, § 107) und zweifellos auch nach neuem nur über kraft besonderer, allenfalls stillschweigender Abrede. Anders Schollmeyer S. 367, Planck Nr. 1 a. E., die den Anspruch auf die verfallene Vertragsstrafe im Sinne des § 340 ohne weiteres übergehen lassen (anders die nach § 341 verfallene), entsprechend der Annahme einer facultas alternativa, s. dagegen Bem. 2 zu § 340. Wie hier Kisch bei Grünhut **29** 538. Nur bei gesetzlichen Zinsen wird meist das Gegenteil angenommen, indem sie nach der Auffassung des Lebens keinen selbständigen Kapitalcharakter annehmen, sondern nur eine Erweiterung der Hauptschuld, ein Äquivalent für deren ihre wirtschaftliche Bedeutung beeinträchtigenden verspäteten Eingang darstellen, s. RG. bei Seuffert 36 Nr. 272 zit. S. 414. Auch das wird als der Natur des Verhältnisses entsprechend ebenso für das BGB. anzunehmen sein.

Gewährschaftsansprüche aus einem besonderen **Gewährschaftsversprechen** gehen nicht von selbst über, können aber besonders übertragen werden, RG. ZS. V vom 25. III. 1905, Seuffert 60 Nr. 167 S. 314.

Natürlich kann sowohl Übergang der vertragsmäßigen Zinsen, wie umgekehrt Nichtübergang der gesamten Nebenrechte ausgemacht werden. Ausnahme hiervon im § 1153 Abs. 2. Und auch davon abgesehen, erlöschen die zurückbehaltenen Nebenrechte, soweit sie, wie Pfänder und Bürgen — anders gesetzliche Zinsen — nicht selbständig bestehen können. So besonders für erstere §§ 1250, 1273.

Zu den unter § 401 fallenden Nebenrechten gehören auch Zurückbehaltungsrechte, soweit die Vorschrift auf sie paßt, s. §§ 999/1000. Das ist nicht der Fall beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht des Art. 313, jetzt § 369, HGB., s. ROHG. 5 S. 304; hierfür bedarf es also besonderer Übertragung.

2. Der Übergang der in Abs. 2 aufgeführten **Vorzugsrechte** auf den Zessionar entspricht gleichfalls dem Landrecht, I, 11, §§ 903/4, dagegen nur zum Teile dem Gemeinen Recht (nicht die Konkursprivilegien, l. 42 D. 26,7; Windscheid § 332 No. 10). Er bezieht sich z. B. auf das Absonderungsrecht (§§ 47 ff. KO.), das Konkursvorrecht (KO. §§ 61—2), und zwar auch, wenn das Verfahren zur Zeit der Abtretung noch nicht eröffnet war, so besonders E. I § 297, was nachher nur als entbehrlich gestrichen wurde (s. nunmehr die Worte: für den Fall des Konkurses).

Gemeint sind aber nur mit der Forderung verknüpfte Vorrechte, nicht solche, die dem Zedenten persönlich zustanden. Solche würden durch die Abtretung untergehen.

3. Kann umgekehrt der Erwerber **seine eigenen Exekutions- und Konkursprivilegien** auch wegen der ihm zedierten Forderungen geltend machen? Gemeinrechtlich war das bestritten, dafür Windscheid § 332 No. 12, dagegen Dernburg, Pandekten II § 51 No. 7. Das BGB. enthält nichts bestimmtes, doch wird die Frage für dasselbe bejaht von Martinius (Gutachten aus dem Anwaltstande S. 64) und Fischer-Henle Aufl. 1 No. 5. Auch ich möchte das annehmen, denn die Forderung geht restlos über nach § 398, ist also jetzt im vollen Sinne eine solche des Begünstigten. Einer Übertragung aus Schikane, nur um sie in die Hand eines Bevorrechtigten zu bringen, würden die §§ 226, 242, 826 entgegenstehen. Matthias S. 456 ist aus Billigkeitsgründen schlechthin für die Verneinung der Frage.

§ 402.

Der bisherige Gläubiger ist verpflichtet, dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, auszuliefern.

E. I 301, E. II 346 S. 1, RV. 396. — Mot. S. 128, Prot. S. 387.

1. Der Satz des § 402 entspricht dem geltenden Recht, s. für d. GR. Windscheid, § 336, No. 1, Bähr, Iherings Jahrb. Bd. I, S. 481; für Preußisches Recht Dernburg, Privatr. II. S. 84, No. 1. Übrigens ergibt er sich für das BGB. eigentlich schon als selbstverständliche Konsequenz aus § 242, für den Schuldschein auch aus § 952, der das Eigentum daran dem jeweiligen Gläubiger zuspricht. Er folgt aus der Abtretung selbst, nicht erst aus ihrem besonderen Rechtsgrund.

2. **Umfang der Verpflichtung**: Die Verpflichtung erstreckt sich

a) einmal auf Auskunftserteilung: dahin gehören Angaben über Zahlungsort und -zeit, ferner über die zu verwendenden Beweismittel;

b) sodann speziell auf Auslieferung — hier nicht nur Mitteilung — der Beweisurkunden: dahin gehören weniger die Schuldscheine, auf die der Gläubiger nach § 952 bereits ohnedies einen dinglichen Anspruch hat, als vielmehr die Schuldscheine, sonstige bezügliche Korrespondenz, Offerten, Annahmen, Telegramme usw.

Eine allgemeine Übereignungspflicht ist damit aber schwerlich gegeben, Schollmeyer Nr. 2 a. E., anders freilich Planck Nr. 1c. Der Wortlaut spricht, wie Planck selbst zugibt, nicht entscheidend für diese weitergehende Lehre, und die in Halbs. 1 angegebene Zweckbestimmung: „zur Geltendmachung der Forderung", die auch zur Auslegung des Halbs. 2 verwertet werden dürfte, weist nur auf Besitzüberlassung hin. Der Zedent kann am dauernden Behalten der Urkunden, etwa wegen seiner Geschäftsverbindung mit dem Schuldner, sehr lebhaft interessiert sein, während der Zessionar ein weiteres Interesse daran selten haben wird.

Bei nur teilweiser Abtretung wird nicht die Herausgabe des Originals zu verlangen sein, sondern, entsprechend der in der Natur der Sache begründeten und daher wohl noch verwendbaren Vorschrift des Landrechts (I, 11, § 399), nur die einer (beglaubigten) Abschrift. Planck lehrte hier in Aufl. 1—2 Einräumung des Mitbesitzes, was nicht ohne praktische Bedenken sein dürfte, und in Aufl. 3 zurückgenommen ist.

Nach Schollmeyer Nr. 3, dem Planck nunmehr Nr. 1e wesentlich beitritt, müssen die Originalurkunden herausgegeben werden, s. auch Rehbein Nr. 18. Dagegen Kisch bei Grünhut **29** 538, wie hier auch Dernburg § 142, I, 1, Staudinger Nr. 1cδ, Türcke-Riedenführ Nr. 4. Für die Lehre der Gegner spricht weder der Wortlaut des § 402 — denn der Teilzedent ist doch nicht bloß ein „bisheriger" Gläubiger — noch der Sinn. Dagegen dürfte sich die Vorschrift des § 444 S. 2 wohl zu einer entsprechenden Verwertung auch für unseren Fall zu Gunsten der hier vertretenen Meinung eignen; sie gibt mindestens einen Fingerzeig dafür, wie das BGB. Urkunden behandelt wissen will, die sich neben den übertragenen Gerechtsamen auch auf andere, nicht mitübertragene beziehen.

3. Die Nichterfüllung der Pflichten unseres Paragraphen verbindet den Zedenten nach allgemeinen Regeln zum Schadensersatz.

4. Liegt die Pflicht aus § 402 auch direkt dem Zessionar des Zessionars auf? Schwerlich, der Wortlaut bezieht sich nicht darauf, und innere Gründe führen bei dem Fehlen jeder Kausalbeziehung zwischen ihm und dem ersten Zedenten eher zur Verneinung. Nur den Schuldschein kann auch der zweite Zessionar nach § 952 natürlich einfordern.

5. Aus der Aushändigung der Schuldurkunde allein folgt noch nicht die Abtretung der Forderung, so mit Recht RG. 15. IV. 1904, JW. **33** 337.

6. Für den Fall der Überweisung s. ZPO. § 836 Abs. 2 (neu).

§ 403.

Der bisherige Gläubiger hat dem neuen Gläubiger auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen. Die Kosten hat der neue Gläubiger zu tragen und vorzuschießen.

E. I 301, E. II 346 S. 2, RV. 397. — Mot., Prot. wie zu 402.

1. Auch die Pflicht des § 403 folgt unmittelbar aus der Abtretung als solcher; sie findet aber, anders als § 402 (s. Nr. 6 dazu) auf die gerichtliche Überweisung keine Anwendung.

2. Über die öffentliche Beglaubigung s. § 129 und Bem. dazu; s. auch EG. Art. 141. — Die Verweigerung des zu leistenden Vorschusses gibt dem Zedenten ein Rückbehaltungsrecht gemäß § 273.

§ 404.

Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forgerung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren.

E. I 302, E. II 347, RB. 398. — Mot. S. 128—9, Prot. S. 387—8.

Literatur: Rappaport, Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis, S. 72 ff., 93 ff.

1. Die Regel des § 404 entspricht der bisherigen Gesetzgebung und Praxis. Verschieden war indes die genauere Formulierung, und ihre Schwierigkeit hielt den Entw. I sogar von einer positiven Bestimmung ab; er versuchte nur negativ den Kreis abzugrenzen. S. Mot. S. 129, Prot. S. 388 ff. Nach dem jetzigen Wortlaut kommt es nicht sowohl darauf an, ob die fraglichen Einwendungen schon aktuell verwendbar, als vielmehr, ob sie begründet waren, wenn auch vielleicht noch eine zu ihrem wirklichen Eintritt nötige Bedingung fehlte, z. B. Entwehrung, auflösende Bedingung, ebenso die sich aus der Abhängigkeit der beiden Seiten des Synallagma ergebenden Einreden der §§ 320 ff. und die aus § 363 (s. Enneccerus S. 547), s. speziell über den Fall der für den Schuldner vorhandenen Aufrechenbarkeit § 406. Das OLG. Hamburg bei Seuffert 59 Nr. 117 S. 215 drückt das so aus: der Schuldner kann die Einwendungen geltend machen, auch wenn die Tatsachen, infolge deren der im Schuldverhältnis liegende Grund der Einwendung wirksam wird, erst nach der Übertragung (Pfändung) eingetreten ist. Zweifelhaft liegt die Sache bei der Einrede der Verjährung. Hier wird die Einrede gewissermaßen stückweise begründet; es muß wohl statthaft sein, die aus der Zeit des Vorgängers stammenden Begründungsstücke auch gegen den Nachfolger zu verwenden.

Nur die in diesem Sinne nach der Abtretung entstandenen Einwendungen gegen den alten Gläubiger können nicht gegen den neuen verwertet werden.

2. Der Satz bezieht sich auf **alle Einwendungen**; darunter sind nach der Terminologie des neuen Rechts nicht nur die wahren Einreden im materiellen Sinne („rechtshemmende Tatsachen oder Gegenrechte"); sondern auch die rechtshindernden (Simulation, Scherz, Geschäftsunfähigkeit) und rechtsvernichtenden (Zahlung, auflösende Bedingung) Tatsachen zu verstehen, s. über die Ausdrücke namentlich Planck I, S. 53, Nr. VIII, auch Dernburg, Pand. I, §§ 137, 158.

Zweifelhaft ist, ob auch die Anfechtbarkeit dem neuen Gläubiger gegenüber geltend gemacht werden kann, dagegen Hellwig, Anspruch S. 17 und Langheineken Anspruch S. 317 — wohl mit Recht, weil jene sich nicht sowohl auf den übertragenen Einzelanspruch als vielmehr auf das ihn begründende Rechtsgeschäft bezieht. Wohl aber verbleibt es trotz der Abtretung bei der Möglichkeit einer Anfechtung gegen den alten Gläubiger, und diese vernichtet entsprechend ihrer in § 142 anerkannten dinglichen Kraft das Recht auch in der Hand des neuen.

3. Von einer besonderen Behandlung der sog. **exceptiones in personam** sieht das Gesetz ab, anders als E. I. Es muß überhaupt bezweifelt werden, ob es derartige gebe, s. dagegen Dernburg, Pand. II, § 51, No. 3. Man könnte etwa denken an das Versprechen des Gläubigers, während seiner Gläubigerzeit das Recht nicht auszuüben, ferner an den Fall völkerrechtlicher Retorsion, s. Prot. S. 388. In diesen Fällen würde dann § 404 keine Anwendung finden.

4. Ob und inwieweit eine **Anerkennung des neuen Gläubigers** durch den Schuldner diesem die Einwendungen nimmt, bestimmt sich nach allgemeinen Regeln, s. Mot. S. 130. Die Anerkennung kann sich sehr wohl beschränken auf die Korrektheit des Übertragungsakts selbst, und darf dann natürlich nicht weiter ausgedehnt werden.

5. **Einwendungen gegen den neuen Gläubiger**: Natürlich können dem neuen Gläubiger gegenüber die gerade seinem Recht entgegenstehenden Einwendungen verwertet werden. Dazu gehört auch diejenige, daß die Abtretung simuliert, der Erwerber also gar nicht wahrer Gläubiger sei. Sie ist für zulässig zu erachten. S. Mot. S. 130, Fischer-Henle No. 3, s. auch die Angaben über die bisherige

— streitige — Anschauung bei Türke-Niedenführ No. 1. Wohl davon zu unterscheiden und als belanglos anzusehen ist dagegen die Behauptung, daß zwischen der externen und internen Bedeutung des Übertragungsaktes ein Widerspruch obwalte. Der Umstand, daß der Erwerber nur fiduziarisch berechtigt sein soll, schließt seine Legitimation nach außen in keiner Weise aus. S. oben Vorbem. vor § 399 Nr. 3 und Entsch. d. RG. 24, Nr. 30, S. 162. Dort wird auch mit Recht eine Einrede aus dem zwischen Zedenten und Zessionar in Bezug auf die Ausübung des übertragenen Rechts geschlossenen Vertrage als unbeachtbar erklärt. Daß der Widerruf der den Rechtsgrund der Zession bildenden Inkassovollmacht jene nicht ohne weiteres vernichtet, ist gleichfalls Vorbem. aaO. dargelegt. Auch wird alsdann nicht etwa — anders Aufl. 1 und RG. 39 166 — dem Schuldner eine exceptio doli gewährt werden können.

§ 405.

Hat der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausgestellt, so kann er sich, wenn die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird, dem neuen Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt oder daß die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei, es sei denn, daß der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen mußte.

E. II 348, RV. 399. — Prot. S. 389—91, VI S. 167—8.

1. Ein **Scheingeschäft** ist nach § 117 BGB. nichtig, und erzeugt auch nicht in der Hand des dritten redlichen Erwerbers Rechtswirkungen. Von dieser Regel macht aber § 405, dem Vorbild des Code Art. 1321 und des Schweizerischen Rechtes, sowie einer Neigung der bisherigen Praxis folgend, eine Ausnahme für den Fall einer verbrieften Scheinforderung, aber nur wenn — was der Gläubiger beweisen muß — die Urkunde gerade bei der Abtretung vorgelegen hat, s. Prot. S. 390. Für andere Fälle muß sich der Zessionar mit den Ansprüchen aus dem unterliegenden Kausalgeschäft und aus den unerlaubten Handlungen sowie aus § 122 behelfen.

2. Gleichgestellt der Einwendung der Simulation ist die aus dem, übrigens ja auch nach § 399 gegen dritte wirkenden, vertragsmäßigen Abtretungsverbot.

3. Die Schutzbestimmung bezieht sich natürlich nur gerade auf die erwähnten Einwendungen, andere sind ebensowenig ausgeschlossen, wie die Berufung auf etwaige Nebenabreden.

Sie entfällt ferner als positiver Schutz für den guten Glauben bei Kenntnis (oder Kennenmüssen) des Erwerbers, die freilich nach der Fassung am Schluß der Schuldner erweisen muß („es sei denn, daß . . . ."). Alsdann ist die Übertragung nichtig. Man wird indes annehmen müssen, daß bei weiterer Übertragung an einen gutgläubigen dritten die Schutzbestimmung des § 405 zu Gunsten des letzteren wieder Anwendung findet; denn der Grund ist derselbe, und nach der gegenteiligen Auffassung würde die Satzung durch Einschiebung eines Schlechtgläubigen jederzeit unwirksam gemacht werden können. Der Satz „nemo plus iuris transferre potest" spricht nicht dagegen, da die Forderung hier eben originär in der Hand des redlichen Erwerbers, sei er der erste oder zweite Zessionar, entsteht. So auch Crome § 200 Anm. 34, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 3, Planck Nr. 5, Schollmeyer Nr. 3 a. E.

Wie aber im umgekehrten Fall, wenn der gutgläubige, durch § 405 gedeckte Zessionar an einen schlechtgläubigen dritten weiter zediert? Das beeinflußt doch nicht den Umstand, daß die Forderung in der Person des gutgläubigen ersten Zessionars gültig entstanden ist, und auf den weiteren Erwerb der damit vollwirksam entstandenen Forderung kann die Kenntnis des neuen Erwerbers vor dem ursprünglichen nunmehr geheilten Entstehungsmangel keinen Einfluß mehr ausüben. So auch Eck S. 396 (dagegen freilich Leonhard dazu Anm. 3) Kisch bei Grünhut 29 539, Planck Nr. 5. Anders Crome aaO. Anm. 33, Fischer-Henle Nr. 4, Matthiaß S. 456, Schollmeyer 3 a. A., Kuhlenbeck aaO., sowie OLG. Frankfurt vom 21. XI. 1903, Rspr.

VIII S. 444. Aber der Einwand der Gegner, die Forderung sei hier überhaupt nicht entstanden, trifft nicht zu: wenn § 405 die genannten Einwendungen abschneidet, heißt das in der Sache, die fraglichen Entstehungsmängel sollen als geheilt anzusehen sein!

4. Ähnliche Schutzbestimmungen geben die §§ 171, 409.

§ 406.

Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, daß er bei dem Erwerbe der Forderung von der Abtretung Kenntnis hatte oder daß die Forderung erst nach Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist.

E. I 303, E. II 349, RV. 400. — Mot. S. 131—2, Prot. S. 391.

1. **Bedeutung**: Der Satz des § 406 entspricht im allgemeinen dem geltenden Recht. Er ist aber, auch soweit die Aufrechnung oder nur ihre Voraussetzungen zur Zeit der Abtretung bereits begründet waren, schwerlich eine bloße Folgerung aus den Grundsätzen der §§ 404 und 389. Denn weder stellt das Recht zur Aufrechnung eine Einrede dar, noch läßt sich aus der Rückwirkung der — wirksamen — Aufrechnungserklärung ein Schluß auf die Voraussetzungen ihrer Wirksamkeit ziehen, s. Weigelin, Recht zur Aufrechnung S. 87, 169 gegen meine Aufl. 1. Eher könnte man den Satz aus der mit der Aufrechenbarkeit bereits eingetretenen Vinkulierung oder Vernichtungsmöglichkeit der Forderungen oder, wenn man mit Weigelin (s. Vorbem. vor § 387) in jener ein Pfandrecht an der Gegenforderung erblickt, aus diesem erklären. S. dazu auch Schollmeyer Nr. 2a, v. Tuhr, DJZ. **01** 426, der den Satz, rechtspolitisch gewiß mit Recht, als ein Kompromiß zwischen den beiderseitigen berechtigten Interessen des Schuldners und des Zessionars erklärt.

Jedenfalls enthält § 406, soweit er dem Schuldner die Aufrechnung möglicherweise auch wegen einer im Augenblick der Zession noch nicht aufrechenbaren Gegenforderung gestattet, eine dem § 407 (s. diesen) entsprechende Schutzbestimmung für den gutgläubigen Schuldner, der vielleicht bei der Kreditgewährung gerade auf die Möglichkeit der Aufrechnung gerechnet hat. So auch für das GR. RG. **4** 255; **11** 301; Dernburg, Pand. II § 63 No. 9.

2. Die Bestimmung in ihrer Tragweite und ihren Ausnahmen ähnelt dem § 392, s. Bem. dazu. An Stelle der Beschlagnahme tritt hier die Kenntnis der Abtretung, wobei das Kennenmüssen dem Kennen nach der allgemeinen Auffassung des BGB. nicht gleichgestellt werden darf, s. § 166 und Bem. dazu. Die Art der erlangten Kenntnis ist gleichgültig, eine eigentliche Denuntiation wird hier ebensowenig verlangt wie nach § 407.

3. Den **Beweis**, daß eine dieser Ausnahmen vorliege, muß der Zessionar führen (es sei denn, daß . . .). Anders Entw. I.

4. **Bei mehrfacher Abtretung** können die gegen den ausgeschiedenen ersten Zessionar entstandenen Gegenforderungen unter denselben Voraussetzungen auch dem zweiten gegenüber zur Aufrechnung verwendet werden.

5. Die **Ersatzansprüche** des neuen gegen den alten Gläubiger bestimmen sich nach dem unterliegenden Kausalverhältnis, s. namentlich §§ 437, 445, 523. Wurde die Forderung bereits mit der Aufrechnungsmöglichkeit behaftet übertragen, so fehlte es an ihrem ungeschmälerten Rechtsbestande; andernfalls wird im allgemeinen nur der Gesichtspunkt eine condictio sine causa zum Ziele führen: der alte Gläubiger ist befreit durch eine (und zwar unfreiwillige) Vermögensaufopferung des neuen.

6. Eine **entsprechende Anwendung** des § 406 und der verwandten §§ 407, 8 findet mehrfach statt, so z. B. §§ 720, 1158, 1473 Abs. 2, 2019 Abs. 2, 2111 Abs. 1. Anders § 1156.

Über den Bereich des BGB. ist die Bestimmung auch wohl auf die Pfändung von Forderungen anzuwenden. Denn unmöglich läßt sich annehmen, daß der Schuldner gegenüber dem bloßen Pfändungsgläubiger schlechter stehen soll, als gegenüber dem Vollerwerber der Forderung. S. Seuffert, Kommentar zu § 829 ZPO. Nr. 4a.

7. Fraglich ist, ob, wenn der mehrfache Gläubiger eine seiner Forderungen abgetreten hat und dann der Schuldner ihm gegenüber aufrechnet, dem Zessionar das Widerspruchsrecht aus § 396 zustehe. Dagegen **Weigelin**, Aufrechnung S. 154, dafür **Goldschmidt**, ArchBürgR. 15 257 Anm. 295 unter Berufung auf **Eccius**. M. E. ist **bejahend** zu entscheiden. Denn wenn schon das Aufrechnungsrecht gegenüber dem Zessionar wenigstens in der durch § 406 aufgestellten Ausdehnung eine besondere Begünstigung des Schuldners bedeutet, so ist nicht einzusehen, warum durch die Zession die Aufrechenbarkeit für den mehrfachen Schuldner sogar gegenüber dem früheren Umfang noch **erweitert** werden, das seine Auswahl unter den mehreren Gegenforderungen beschränkende Widerspruchsrecht eingeschränkt werden sollte.

8. Kann der Schuldner dem Teilzessionar gegenüber aufrechnen? Dafür mit Recht RG. vom 17. XI. 1905, Rspr. X. S. 160. Der Wortlaut des § 406 spricht entschieden dafür — denn jeder Teil der teilweise abgetretenen Forderung war an sich gleichmäßig der Aufrechnungseinwendung ausgesetzt, und für eine Befugnis des Teilzessionars, den Gegner auf den ihm nicht abgetretenen, also seiner Disposition nicht unterstehenden Rest zu verweisen, läßt sich kein Grund finden. Auch innerlich ist dies Ergebnis durchaus angemessen.

§ 407.

Der neue Gläubiger muß eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt.

Ist in einem nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreit ein rechtskräftiges Urteil über die Forderung ergangen, so muß der neue Gläubiger das Urteil gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit gekannt hat.

E. I 304, E. II 350, RB. 401. — Mot. S. 132—4, Prot, S. 391—3.

Literatur: **Hachenburg**, Vorträge Aufl. 2 S. 202ff., **Hellwig** Rechtskraft S. 390ff., **Weigelin** Aufrechnung S. 74.

Anfechtung des Übertragungsaktes 6.
Beweis 3.
Denuntiation 1.
Kenntnis 1.
Rechtsgeschäft zwischen Schuldner und altem Gläubiger 1.
Rechtskräftiges Urteil 2.
Verhältnis zwischen altem und neuem Gläubiger 4.

1. **Bedeutung:**

a) § 407 enthält vom Standpunkte der Zessionstheorie des BGB. eine Ausnahmebestimmung, wie § 406 und 1156, entspricht aber dem GR. (hier freilich vielfach auf Grund der Auffassung, daß vor der Denuntiation die Zession überhaupt noch nicht vollendet sei, so bei **Windscheid**), dem Landrecht (I 11 § 413) und dem Sächs.GB. § 972, s. auch Code Art. 1690.

Maßgebend ist aber nicht allein die Denuntiation, wie nach der herrschenden Lehre des GR. und den anderen erwähnten Rechten, sondern es genügt jede Kenntnis, einerlei woher erlangt, s. Prot. S. 382/4, OLG. Dresden bei **Seuffert** 58 Nr. 117 S. 122; z. B. auch die durch einfache, an sich nicht unglaubwürdige Anzeige des neuen Gläubigers; die bloße **Möglichkeit** eines Zweifels kommt demgegenüber nicht in Betracht. Das Kennenmüssen steht auch hier dem Kennen nicht gleich. Wenn daher der Schuldner den die Zession anzeigenden Brief nicht annimmt, oder nicht liest, so ist an sich die in § 407 erforderte „Kenntnis" noch nicht eingetreten, zumal eine allgemeine Bürgerpflicht, Briefe anzunehmen, nicht nachweisbar sein dürfte. Ahnte er freilich den entsprechenden Briefinhalt und verweigerte deshalb die Annahme oder

vernichtete den angenommenen Brief, so hat er sich m. E. dessen wie immer beschaffenen Inhalt zu eigen gemacht und muß ihn als bekannt gegen sich gelten lassen; mindestens würde er nach §§ 226, 826 deswegen ersatzpflichtig sein, und die Ersatzpflicht würde nach § 249 darin bestehen, daß er den neuen Gläubiger so stellen muß, wie wenn er nicht befreit wäre, d. h. daß er ihm trotz § 406 zu leisten hat.

Vorher ist der Schuldner nicht nur geschützt, wenn er an den alten Gläubiger leistet, sondern es muß auch darüber hinaus der Zessionar „jedes Rechtsgeschäft", das der Schuldner mit jenem abschließt, wie Mahnung, Kündigung, Hingabe an Zahlungsstatt, Erlaß, gegen sich gelten lassen, als wenn er der Empfänger oder Gegenkontrahent wäre. Auch das Angebot der Leistung (§§ 293 ff.) wird man dahin rechnen müssen, so daß die Wirkungen des Annahmeverzuges gegen den neuen Gläubiger eintreten; so auch Planck Nr. 1, Kaufmann Nr. II, 2b.

b) Zu bemerken ist noch:

α) Als befreiende Leistung wirkt auch wohl die durch einen dritten erfolgte, § 267, obschon der Wortlaut darauf nicht hinweist. Es fragt sich aber, wer etwaige Mängel der Leistung geltend machen kann? Offenbar der Zessionar, da er allein wahrer Gläubiger ist. Er muß die Leistung zwar nicht weniger, aber auch nicht mehr als eine ihm selbst gemachte gelten lassen, kann also die Ansprüche noch immer erheben, die ihm auch bei eigenem Leistungsempfang zuständen.

β) Zu den unter § 407 fallenden Geschäften gehört auch die Aufrechnungserklärung, die entweder der Schuldner dem Zedenten oder dieser jenem gegenüber nach der Abtretung vornimmt. Der Fall gehört unter § 407, nicht unter § 406, der nur von der Aufrechnung des Schuldners gegenüber dem Zessionar handelt. Die Behandlung beider Fälle ist nicht etwa völlig gleichartig: nach § 406 hat der Schuldner noch ein festes Recht zur Aufrechnung, in § 407 der Zedent nur die Macht, von der er dem Zessionar gegenüber in der Regel keinen Gebrauch machen darf. Auch zwischen der Aufrechnung durch den Schuldner nach §§ 406 und 407 bestehen Unterschiede: Dem neuen Gläubiger gegenüber kann er aufrechnen auch nach erlangter Kenntnis der Zession, wenn er nur beim Erwerb der Gegenforderung diese noch nicht besaß, dem alten gegenüber nur mangels Kenntnis beim Aufrechnungsakt. S. auch Weigelin S. 74.

2. Die Bestimmung des **Abs. 2** enthält eine Erweiterung des § 265 ZPO. für den Fall, daß die Rechtsnachfolge schon vor der Rechtshängigkeit eingetreten ist; sie entspricht dem Landrecht (s. Striethorst, Arch. 83 S. 281) und findet Anwendung, mag es sich um Leistungs-, um positive oder negative Feststellungsklagen, um Widerklagen oder Aufrechnungseinwendungen (§ 322 ZPO.) handeln. Es genügt auch ein Versäumnisurteil und ein diesem gleichgestellter Vollstreckungsbefehl (§ 700 ZPO.). Alle diese Entscheidungen sind für den Zessionar bindend, mögen sie dem Zedenten das Recht zu-, mögen sie es ihm ganz oder teilweise absprechen; die Entscheidung macht Rechtskraft auch gegenüber dem neuen Gläubiger, sofern über den Bestand der Forderung selbst und nicht bloß über die Sachlegitimation des alten Gläubigers entschieden ist.

Anders:

a) wenn das Urteil noch nicht rechtskräftig ist: solange kann der neue Gläubiger den Schuldner seinerseits verklagen, auch als Haupt- oder Nebenintervenient (ZPO. §§ 64, 66/8) auftreten. Die deswegen in der Kommission erhobenen Zweifel (s. Planck Nr. 2) sind nicht durchschlagend. So auch Goldmann-Lilienthal S. 444, Planck aaO., Schollmeyer Nr. 2, Staudinger Nr. 2c, anders Hellwig aaO. S. 401.

b) wenn der Schuldner bei Eintritt der Rechtshängigkeit — s. ZPO. §§ 263, 265, 850, 851, 1018, — die Abtretung gekannt hat. Alsdann kann und muß er dem klagenden Zedenten gegenüber den Einwand der mangelnden Sachlegitimation erheben; tut er es nicht, so nützt ihm das in der Sache siegreiche Urteil nichts gegenüber dem Zessionar. Auch hier schadet das Kennenmüssen nichts; spätere Kenntnis ebensowenig, jedoch kann sie der Schuldner natürlich dazu verwenden, um der Klage des alten Gläubigers mit der Einrede der mangelnden Sachlegitimation entgegenzutreten.

c) War der Rechtsstreit bei der Abtretung schon anhängig, so kann der andere Gläubiger darin nicht ohne Willen des Schuldners eintreten, gemäß § 265 ZPO., das Urteil wirkt dann für und gegen den neuen Gläubiger nach § 325 daselbst.

d) S. über die prozessuale Bedeutung des Abs. 2 im übrigen Hellwig S. 398, Walsmann, Streitgenössische Nebenintervention S. 181. Der Absatz ist wesentlich

prozessualisch und nur aus äußeren Gründen in das Gesetzbuch hineingebracht. Eine vollständige Erläuterung ist hier nicht am Platze. Zweifelhaft ist, wie nur noch kurz erwähnt werden mag, ob der neue Gläubiger das Urteil auch für sich verwerten, die Rechtskraft daraus seinerseits herleiten dürfe. § 407 sagt das nicht; trotzdem glaubt Hellwig S. 409 es aus allgemeinen Grundsätzen entnehmen zu können, wohl mit Recht.

3. **Beweis:** Das „Kennen" des Schuldners im Sinne von Nr. 1 und 2b muß der neue Gläubiger beweisen („es sei denn," daß . . ."). So auch OLG. Dresden 6. VI. 1904, Rspr. IX S. 31.

4. Über die **Wirkung** der Sätze des § 407 **auf das Verhältnis zwischen dem alten und neuen Gläubiger** schweigt das Gesetz absichtlich. Sie bestimmt sich nach dem Zessionsgrund unter Verwertung allgemeiner Grundsätze. Möglicherweise ist jener als Geschäftsführer des letzteren anzusehen, §§ 677 ff.; möglicherweise liegt im Abschluß des nach § 407 für den neuen Gläubiger verbindlichen Aktes eine unerlaubte Handlung, die nach §§ 823 ff. haftbar macht. Mindestens aber wird der Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung durchschlagen, §§ 812 ff.

5. Auf den Fall **der gerichtlichen Überweisung** findet § 407 keine Anwendung; maßgebend ist dabei stets die Zustellung des Überweisungsbeschlusses. Wohl aber auf den Uebergang kraft Gesetzes, Hellwig, S. 393. Der Abtretung stehen überhaupt gleich im Sinne des § 407 die Verpfändung und Nießbrauchsbestellung, ferner der durch rechtskräftiges Urteil bewirkte Übergang des Anspruchs, s. Hellwig, S. 390 ff.

6. **Anfechtung der Zession:** Wie, wenn die Zession selbst mit Erfolg angefochten wird, nachdem der Schuldner an den Zessionar geleistet hat? Ein Antrag auf eine besondere Schutzbestimmung wurde in der 2. Kommission für diese Eventualität abgelehnt, s. Prot. S. 400 ff. In vielen Fällen wird sich der Schuldner gegen solche Gefahr durch Hinterlegung (§§ 372 ff.) schützen können; in anderen werden die §§ 409/10 Aushilfe bieten. Dagegen dürfte eine analoge Anwendung der Schutzbestimmung des § 407 Abs. 1 nicht unbedenklich sein. S. auch § 142 Abs. 2.

7. Entsprechende Anwendung des § 407 auf solche Rechtsgeschäfte des Zedenten mit dem Schuldner, die dem Zessionar vorteilhaft sind? Dagegen RG. 52 Nr. 50 S. 184, weil § 407 eine analoger Erweiterung nicht fähige Ausnahmebestimmung sei. Danach könnte also der Zedent z. B. nicht mehr mit Wirksamkeit für den Zessionar Bürgschaften und Pfandrecht begründen. Mir scheint das sehr zweifelhaft, es heißt den Schuldner einseitig bevorzugen auf Kosten des Zessionars, wenn er vor erlangter Kenntnis von der Zession zwar noch zu seinen Gunsten, aber nicht auch zu seinen Ungunsten mit dem Zedenten wirksame Geschäfte abschließen kann. Und wie soll ein Akt behandelt werden, der beide Effekte in sich vereint, z. B. Zinsherabsetzung in Verbindung mit Pfandbestellung? S. auch die Bemerkungen von Eccius, DJZ. 03 209.

§ 408.

Wird eine abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einen dritten abgetreten, so finden, wenn der Schuldner an den dritten leistet oder wenn zwischen dem Schuldner und dem dritten ein Rechtsgeschäft vorgenommen oder ein Rechtsstreit anhängig wird, zu Gunsten des Schuldners die Vorschriften des § 407 dem früheren Erwerber gegenüber entsprechende Anwendung.

Das Gleiche gilt, wenn die bereits abgetretene Forderung durch gerichtlichen Beschluß einem dritten überwiesen wird oder wenn der bisherige Gläubiger dem dritten gegenüber anerkennt, daß die bereits abgetretene Forderung kraft Gesetzes auf den dritten übergegangen sei.

E. I 305, E. II 351, RV. 402. — Mot. S. 134, Prot. S. 393—4.

1. § 408 enthält eine entsprechende Anwendung des § 407 auf den Fall, daß die **Forderung mehrmals abgetreten** ist. Der zweite Zessionar wird deswegen nicht Gläubiger, da der Zedent ihm das nicht mehr zuständige Recht auch nicht übertragen kann; der davon in Unkenntnis gebliebene Schuldner wird aber mit Rücksicht auf seinen guten Glauben durch Leistung an ihn befreit, ebenso kann er sich auf mit dem zweiten Zessionar abgeschlossene Rechtsakte im Sinne von § 407 dem ersten Zessionar gegenüber berufen. Eine bloße Denunttation des zweiten Zessionars dagegen (s. die bei Warneyer BGB. zu § 407 Nr. 1 angegebene Entscheidung), sowie ein bloßes Versprechen des Schuldners an den zuerst die Abtretung anzeigenden zweiten Zessionar, ihm zu zahlen, kann dessen Rechte freilich nicht vermehren, läßt vielmehr die Stellung des ersten Zessionars unberührt und wird hinfällig, wenn sich die wahre Sachlage nachträglich aufhellt. S. Lehmann-Stobbe, Handbuch III S. 353 und die dort mitgeteilte Rechtsprechung.

Dagegen findet § 406 in diesem Falle keine Anwendung, s. die Erwägungen in den Protokollen S. 394, sowie Schollmeyer Nr. 1 a. E. Sie ist im Gesetze nicht direkt vorgesehen, und eine solche Aufrechnungsbefugnis gegenüber einem materiell nicht Berechtigten enthielte ein ohne ausdrückliche Anerkennung schwer zu begründendes Sonderrecht. Der Schuldner kann daher zwar aufrechnen gegen den zweiten Zessionar („dritten"), solange er von der früheren Zession noch nicht Kenntnis erlangt hatte, aber er erwirbt kein festes Recht auf spätere Aufrechnung gegenüber dem ersten Zessionar dadurch, daß er inzwischen eine Forderung gegen den „dritten" erlangt. Anders Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 1.

2. **Abs.** 2 erklärt das in Abs. 1 Bestimmte für anwendbar auch, wenn die abgetretene Forderung durch einen gerichtlichen Beschluß gemäß §§ 835, 836, 846 ZPO. einem dritten überwiesen ist, sowie auf Grund der dort bezeichneten „Anerkennung" des alten Gläubigers. Eine bestimmte Form ist für diese nicht vorgeschrieben; sie ist eine einfache empfangsbedürftige Erklärung nach § 130 ff.

Dagegen findet § 408 keine Anwendung, wenn die erste Übertragung auf gerichtlicher Überweisung beruhte.

3. Über die **Beweislast**, s. Bem. 3 zu § 407. — Was die Ersatzansprüche des geschädigten ersten Zessionars gegen den zweiten anlangt, so kommt dafür § 816 in Betracht, s. Bem. dazu. Daneben haftet möglicherweise der Zedent nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung bezw. der unerlaubten Handlungen.

§ 409.

Zeigt der Gläubiger dem Schuldner an, daß er die Forderung abgetreten habe, so muß er dem Schuldner gegenüber die angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist. Der Anzeige steht es gleich, wenn der Gläubiger eine Urkunde über die Abtretung dem in der Urkunde bezeichneten neuen Gläubiger ausgestellt hat und dieser sie dem Schuldner vorlegt.

Die Anzeige kann nur mit Zustimmung desjenigen zurückgenommen werden, welcher als der neue Gläubiger bezeichnet worden ist.

E. I 306, E. II 352, RV. 403. — Mot. S. 135—7, Prot. S. 394—5, 398—9.

Literatur: Hachenburg, Vorträge Aufl. 2 S. 239 ff.

1. **Bedeutung, Anwendungsfälle:** Die Schutzbestimmung des § 409 entspricht den gleichartigen Sätzen bei der Vollmacht, BGB. §§ 171, 3, s. auch schon II. 34 § 3, 51 D. 46, 3. Sie geht sogar weiter als jene Sätze, denn selbst Kenntnis des Schuldners vom Nichtbestehen der Abtretung schließt ihre Anwendung nicht aus: eine Ausnahme ist nicht gemacht, und der Gesichtspunkt, daß die im § 409 angeführten Akte zu Gunsten des Schuldners gegenüber wie eine wahre Abtretung wirken sollen, ohne daß er sich auf weiteres einzulassen braucht, greift auch bei Kenntnis des Schuldners Platz. A. A. Kuhlenbeck No. 2 und bei Staudinger Nr. 2, Türcke-Riedenführ No. 1, 2; wie hier Prot. aaO.; Planck Nr. 3; Dernburg § 111, II, 4; Schollmeyer

Nr. 1. Natürlich kann der Schuldner sich im Fall der Kenntnis nach § 826 möglicherweise ersatzpflichtig machen.

Sie findet Anwendung:

a) bei **Anzeige** des Gläubigers. Diese ist eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung, die keiner besonderen Form bedarf. Ob sie ihrerseits anfechtbar ist, etwa wegen Irrtums oder Betruges, kommt nicht in Betracht, solange die Anfechtung nicht vollzogen ist. Anders nur bei Kenntnis dieser Anfechtbarkeit der Anzeige selbst, s. § 142 Abs. 2, Mot. S. 135.

b) bei Ausstellung einer Abtretungsurkunde durch den Zedenten und Vorlegung derselben durch den Zessionar (entsprechend § 172). Eine **öffentliche** Urkunde wird nicht erfordert.

2. In diesen Fällen muß der **Zedent** — nicht auch ein etwaiger früherer Zessionar — die Abtretung unterschiedslos gegen sich gelten lassen, auch wenn sie in Wahrheit nicht erfolgt, nichtig oder anfechtbar war (etwa wegen Irrtum, Zwang, Betrug). Es wirken dann gegen ihn nicht nur die Erfüllung an den angeblichen Zessionar, sondern auch alle anderen zwischen diesem und dem Schuldner in Bezug auf die Forderung vorgenommenen Rechtshandlungen, im Sinne von § 407 Bem. 1; auch das zwischen ihnen gefällte **Urteil**, s. darüber **Hellwig**, Rechtskraft S. 386; **Walsmann**, Nebenintervention S. 183 ff.

3. Die erfolgte Anzeige kann nur mit Zustimmung des bezeichneten „Zessionars" — gemäß §§ 182 ff. — **zurückgenommen** werden. Anders natürlich bei Anfechtbarkeit der Anzeige oder Kondizierbarkeit; sie war z. B. abgegeben unter der falschen Voraussetzung der erfolgten Abtretung, s. Prot. S. 399. In solchen Fällen kann der Gläubiger zu seinem Schutze natürlich auch einstweilige Verfügungen erwirken nach ZPO. §§ 935 ff.

Von der ausgestellten Urkunde wird dasselbe zu gelten haben wie von der Anzeige. Denn der Grund ist der gleiche.

4. Die Bestimmung greift nur dem **Schuldner gegenüber** Platz. Das Verhältnis des **Gläubigers** zum Pseudozessionar bestimmt sich nach dem unterliegenden Kausalverhältnis; möglicherweise ist er ihm haftbar nach den Regeln der Geschäftsführung (so auch RG. bei **Seuffert** 40 Nr. 103 S. 157), der ungerechtfertigten Bereicherung und, bei Bösgläubigkeit, auch nach denen der unerlaubten Handlungen.

Auch dem Schuldner gegenüber wirkt § 409 nur zu dessen Gunsten, nicht zu seinen Ungunsten. Er kann also trotzdem die Gültigkeit der Abtretung bestreiten.

5. Die **Anzeige** und **Urkunde** müssen an sich vom wahren Gläubiger ausgehen, um wirksam zu sein. Ist eine Ausnahme davon gemäß § 407 anzuerkennen, wenn der Zedent sie nach der dem Schuldner noch nicht bekannten Abtretung vornimmt? Dafür **Planck** Nr. 5: denn es handele sich dabei offenbar um „in Ansehung der Forderung abgeschlossene Rechtsgeschäfte". Spätere Kenntnis des Schuldners von der (ersten) Abtretung könne ihm das einmal nach §§ 407, 409 erworbene Recht nicht nehmen. Ebenso **Endemann** § 152 Anm. 40; **Enneccerus** S. 550; **Kaufmann** S. 292; **Schollmeyer** Nr. 2b. Dagegen aber **Hellwig**, Rechtskraft S. 387; **Kuhlenbeck** Nr. 4 und bei **Staudinger** Nr. 3 — wohl mit Recht. Denn wenn eine wahre neue Abtretung der abgetretenen Forderung keinen der in § 407 gemeinten Akte darstellt, sondern sich in ihren Wirkungen dem ersten Zessionar gegenüber nur nach dem minder weitgehenden § 408 bestimmt, so muß das bei der Pseudoabtretung des § 409 erst recht so sein. Auch ist es sehr bedenklich, in der Anzeige als solcher ein „Rechtsgeschäft" zu sehen; sie wirkt ohne jede Rücksicht auf den Willen des Anzeigenden, und nur von Gesetzes wegen werden Rechtsfolgen damit verbunden. Der zweite (Pseudo-)Zessionar wird also nicht Gläubiger, sondern nur eine **Leistung** an ihn oder der Abschluß eines der mit ihm geschlossenen Rechtsgeschäfte im Sinne des § 407 wirken für den Schuldner befreiend. Er darf aber nicht mehr an ihn leisten, sobald er von der wahren Sachlage Kenntnis erlangt hat. Dafür spricht auch der **Wortlaut** des § 409, wonach nur der **Pseudozedent** durch die dort genannten Akte gebunden ist; ferner der gesunde praktische Takt, indem **Plancks** Ansicht ihn zu höchst gewundenen und problematischen Auskunftsmitteln nötigt (Bereicherungsanspruch gegen den zweiten (Pseudo-) Zessionar!). So auch die Mot. S. 136.

6. S. wegen eines zu Unrecht erfolgten gerichtlichen Überweisungsbeschlusses den (neuen) § 851 ZPO.

§ 410.

Der Schuldner ist dem neuen Gläubiger gegenüber zur Leistung nur gegen Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellten Urkunde verpflichtet. Eine Kündigung oder eine Mahnung des neuen Gläubigers ist unwirksam, wenn sie ohne Vorlegung einer solchen Urkunde erfolgt und der Schuldner sie aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der bisherige Gläubiger dem Schuldner die Abtretung schriftlich angezeigt hat.

E. I 308, E. II 353, RV. 404. — Mot. S. 137—8, Prot. S. 396—7.

1. Auch § 410 enthält eine **Schutzbestimmung** für den Schuldner: gegen die Gefahr, bei gefälschten Zessionen doppelt zahlen zu müssen. Sie entspricht dem früheren Recht, s. Bähr aaO., Landrecht I, 11, §§ 395 ff., SächsGB. § 974; s. auch die ähnlichen §§ 111, 174 BGB.

2. **Tragweite**: Mangels Aushändigung der Abtretungsurkunde braucht der Schuldner an den Zessionar nicht zu zahlen; er braucht auch die in Satz 2 genannten Akte nicht gegen sich gelten zu lassen. Letzteres ist aber bedingt durch „unverzügliche" Zurückweisung im Sinne von §§ 121, 130 ff. Über die Form der — nicht notwendig öffentlichen — Urkunden selbst s. § 126.

Ob der Schuldner gegen den Zessionar auch einen Anspruch auf Aushändigung der Abtretungsurkunde hat, ist zweifelhaft; dafür Endemann S. 879, vermittelnd Schollmeyer Nr. 2, Kaufmann S. 294: nur, falls dem Schuldner ein Recht auf Abnahme zusteht. Das dürfte zutreffen, da er Abnahme alsdann in der Weise verlangen kann, wie sie seinen Interessen entspricht. Und das ist doch nur Abnahme gegen Quittung und Herausgabe der Abtretungsurkunde.

Außerdem ist anzunehmen, daß der Schuldner nach vollzogener Leistung die Herausgabe der Urkunde klageweise verlangen kann, analog wie in dem insoweit gleichliegenden Fall des § 255, s. Bem. dazu. Aber dieser Anspruch würde erst durch die Leistung entstehen, ist vor ihr nicht als Gegenanspruch vorhanden.

Die Suspension der Zahlungspflicht bildet eine Parallele zum Zurückbehaltungsrecht des § 273, aber schwerlich einen bloßen Anwendungsfall desselben. Denn es ist nicht anzunehmen, daß hier von einem „fälligen Gegenanspruch" des Schuldners geredet werden kann, schon deshalb nicht, weil der Zessionar nicht allgemein „verpflichtet" ist, die Erklärung des Zedenten zu beschaffen. So auch Planck Nr. 3, Meisner Nr. 2, a. A. Kuhlenbeck Nr. 1; die Prot. S. 397 lassen die Frage dahingestellt. Folgerecht kann der Zessionar die Einrede nicht durch Sicherheitsleistung abwenden.

Gegen die Zugehörigkeit zum Zurückbehaltungsrecht auch OLG. Hamburg bei Seuffert 59 Nr. 196 S. 347 und die dies Urteil bestätigende Entsch. des RG. ZS. VII vom 11. I. 1904, Bd. 56 Nr. 76 S. 303.

Natürlich kann der Schuldner die dazu geeigneten Schuldobjekte auch hinterlegen, soweit die Voraussetzungen des § 372 erfüllt sind. Daß das hier stets zutreffe (so Aufl. 1, anders Schollmeyer Nr. 5), ist nicht richtig: vielleicht weiß der Schuldner genau, daß die Abtretung erfolgt ist und will sich nur einen sicheren Beweis dafür verschaffen.

3. Die Geltendmachung der Einrede führt nach Analogie der §§ 274, 322 auch hier zweifellos nicht zur Abweisung, sondern nur zur Verurteilung Zug um Zug.

4. Daß der Schuldner wegen § 410 vor Aushändigung der Abtretungsurkunde unbedingt noch wirksam an den alten Gläubiger zahlen könne, ist nicht gesagt; er muß vielmehr auch ohne Aushändigung der Urkunde mit der Möglichkeit der ihm mitgeteilten Abtretung rechnen. Keinenfalls wird er bei wirklicher Kenntnis von der erfolgten Abtretung durch Leistung an jenen noch befreit, § 407.

5. Der **Absatz 2** erklärt sich dadurch, daß eine solche „schriftliche Anzeige" nach § 409 den Schuldner auch bei Ungültigkeit der Zession an den darin Genannten wirksam zu leisten ermächtigt.

6. S. auch den (neuen) § 94 ZPO. wegen der Kosten.

§ 411.

Tritt eine Militärperson, ein Beamter, ein Geistlicher oder ein Lehrer an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt den übertragbaren Teil des Diensteinkommens, des Wartegeldes oder des Ruhegehalts ab, so ist die auszahlende Kasse durch Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger ausgestellten, öffentlich beglaubigten Urkunde von der Abtretung zu benachrichtigen. Bis zur Benachrichtigung gilt die Abtretung als der Kasse nicht bekannt.

E. I 311, E. II 354, RV. 405. — Mot. S. 140, Prot. S. 404.

1. Der § 411 enthält eine Verallgemeinerung der Sätze des Reichsbeamtengesetzes vom 31. III. 1873 § 6 und des Reichsgesetzes vom 2. V. 1874 § 45, die daher fortan als überholt aufgehoben werden, EG. Art. 43, 45.

Hier ist die Vorschrift des § 410 noch verstärkt: die fragliche Urkunde muß öffentlich beglaubigt sein (im Sinne von § 129 BGB.); ferner gilt die Abtretung der Kasse bis zu ihrer Vorlegung geradezu mittels unwiderleglicher Rechtsvermutung (praesumtio iuris et de iure) als nicht bekannt, sodaß die Kasse nach § 407 bis dahin noch schlechthin befreiend an den Zedenten zahlen kann. Sie kann aber auch natürlich bereits wirksam an den Zessionar leisten, da § 411 kein Gültigkeitserfordernis aufstellt.

2. Über den Begriff der „Militärpersonen" s. Bem. zu § 9, der „Beamten" Bem. zu EG. Art. 77, sowie zu ZPO. §§ 811, 850, diese auch für den der andern in § 411 erwähnten Personen. Unter den hier erwähnten Lehrern sind auch Hochschullehrer sowie Kommunallehrer zu verstehen.

§ 412.

Auf die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes finden die Vorschriften der §§ 399 bis 404, 406 bis 410 entsprechende Anwendung.

E. I 293—7, 301—8, E. II 355, RV. 406. Mot. und Prot. wie bei den zitierten §§.

Das BGB. kennt zahlreiche Fälle einer gesetzlichen Abtretung, s. z. B. §§ 268 Abs. 3, 426 Abs. 2, 774 Abs. 1, 1143 Abs. 1, 1225, 1249 Satz 2, 1438, 1519 Abs. 2, 1607 Abs. 2, 1709 Abs. 2; andere Fälle in sonstigen Reichsgesetzen, z. B. im Krankenversicherungsgesetz §§ 57, 65, 72, 73, 76.

Hier tritt der Übergang unmittelbar mit der vom Gesetz dafür als maßgebend bezeichneten Tatsache ein; ein besonderer Abtretungsvertrag findet nicht statt, darum sind die §§ 398 und 405 unanwendbar. Die anderen Sätze des Titels sollen „entsprechende" Anwendung finden; eine wortgetreue ist nicht immer tunlich. Jene führt z. B. — für § 408 findet sich im Abs. 2 eine derartige Bestimmung im Gesetze selbst — im Falle des § 409 an Stelle der Anzeige des alten Gläubigers von der Abtretung zu einer solchen dahin, daß er die gesetzliche Übertragung anerkenne. Ähnlich tritt nach § 411 für die Abtretungsurkunde eine die Anerkennung des erfolgten Überganges enthaltende Urkunde ein.

Beachtenswerte Bedenken dagegen, daß der Übergang der Nebenrechte nach § 401 in den Fällen der gesetzlichen Abtretung ohne weiteres stattfinde, und Nachweis von Ausnahmen von der Anwendbarkeit des § 401 auf sie s. bei Breit, Gruchots Beitr. 48 285 ff.

§ 413.

Die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen finden auf die Übertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

E. I 312, E. II 356, RV. 407. — Mot. S. 141, Prot. S. 404.

Die Bestimmung des § 413 bezieht sich weniger auf die (freilich nach §§ 931, 986 zulässige) Abtretung dinglicher — oder sonstiger — Ansprüche, die vielmehr bei dem schuldrechtlichen oder doch den Schuldverhältnissen analogen Charakter aller Ansprüche sich schon ohne weiteres nach §§ 398 ff. regeln wird, als vielmehr auf diejenige der sonstigen Rechte selbst. Und zwar kommen dafür weniger die gerade im BGB. behandelten Rechtsinstitute in Betracht, denn über deren Übertragung fehlt es, soweit sie überhaupt zulässig, nicht an besonderen Bestimmungen. Es sind vielmehr die in anderen Gesetzen geregelten Rechte, namentlich die Urheber- und Patentrechte.

Zu bemerken ist, daß die Unübertragbarkeit eines Rechtes selbst noch keineswegs diejenige eines konkreten Anspruches daraus bedingt, es sei denn, daß dieser statt auf eine reale Leistung nur gerade auf Anerkennung des Rechtes selbst geht.

Fünfter Abschnitt.

Schuldübernahme.

Vorbemerkung.

Erfüllungsübernahme 7.
Expromission 1, 3.
Form 5.
Notwendige Schuldübernahme 6.
Kumulative Schuldübernahme 2.
Passivdelegation 1, 3.
Translative Schuldübernahme 2, 3.
Übernahmevertrag 4.

Literatur: a) bisherige: Delbrück, Übernahme fremder Schulden, 1853; v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung, 1895; Kipp, in Iherings Jahrb. 36 336 ff. b) zum BGB.: Stammler S. 206 ff.; v. Blume in Iherings Jahrb. 39 390 ff.; Regelsberger daselbst S. 463 ff.; Hellwig, Verträge S. 159 ff.; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht Aufl. 2, Bd. I S. 919 ff.; R. Horn, Schuldübernahme, Wien 1902.

1. **Die Schuldübernahme** im Sinne eines mit Sukzessionswirkung in die bestehen bleibende alte Schuld bekleideten Aktes ist erst ein Ergebnis moderner Doktrin und Literatur. Die Römer hatten zur Herbeiführung eines entsprechenden Zweckes nur das Auskunftsmittel der Novation (in Form der Expromission und Passivdelegation), und ihnen folgte der Code Art. 1271 ff., sowie SächsGB. §§ 1003, 1005. Das Landrecht kannte jene allgemein nur in Form der dort sogenannten Expromission, I, 14, § 399 ff., s. Entsch. d. Ob.-Trib. 18 S. 197; andere Fälle siehe bei Dernburg, Privatrecht II § 65.

Eine allgemeine Anerkennung des Instituts enthält zuerst unser BGB.

2. **Arten:** die Schuldübernahme ist translativ (privativ) oder kumulativ, je nachdem der neue Schuldner an Stelle des alten oder nur neben ihn treten soll. Das BGB. behandelt besonders nur die erstere, s. § 414, bei der auch allein die volle Sukzessionswirkung eintreten kann. Die Zulassung der letzteren daneben ergibt sich aber nicht nur aus allgemeinen Erwägungen, sondern auch aus der Anerkennung von Verträgen auf Leistung an dritte, zu denen sie in der Regel zu zählen sein wird, sowie der selbstschuldnerischen Bürgschaft; für einen Fall (§ 419) wird unmittelbar durch gesetzliche Vorschrift eine kumulative Übernahme angeordnet.

Zu Unrecht verwerfen manche den Ausdruck „kumulative Schuldübernahme“. Daß das BGB. die in Frage kommenden Fälle mit unter den Gesichtspunkt der Schuldübernahme einbezieht, ergibt die Stellung des § 419. Wenn sie im übrigen nicht besonders behandelt wird, so erklärt sich das einfach daraus, daß sie neben dem Vertrag auf Leistung an dritte einer besonderen Behandlung nicht bedurfte. Ihre begriffliche Zugehörigkeit zur Schuldübernahme wird dadurch nicht in Frage gestellt, daß bei ihr keine ausschließende Sukzession stattfindet. Denn deren Begriff erfordert nicht das völlige Ausscheiden des alten, sondern nur den Eintritt des neuen Berechtigten oder Verpflichteten. Wie allgemein eine konstitutive Sukzession anerkannt wird, steht auch der Annahme einer vervielfältigenden Sukzession, die das neue Rechts- oder Pflichtsubjekt gleichartig neben das alte stellt, nichts im Wege.

Anders z. B. Schollmeyer, Vorbem. Nr. 3; Planck Nr. 2 a. A.; wie hier Hellwig, Verträge S. 176ff., Rechtskraft S. 314 („akzessorische Schuldübertragung"); bedenklich dagegen v. Tuhr, KrVJSchr. 43 559—60; vermittelnd Crome S. 350 (in der Sache ähnlich wie hier).

Eine andere Frage ist die, ob man die Bürgschaft unter den Begriff der kumulativen Schuldübernahme zu bringen habe. Dagegen zutreffend Hellwig, Rechtskraft S. 314: Der Schuldübernehmer tritt in die alte Schuld ein, der Bürge dagegen gibt ein neues Versprechen ab mit selbständiger causa. Zahlt er, so erfüllt er in der Regel seine, nicht die Hauptschuld. S. auch Siber, Rechtszwang S. 237ff.

3. Daß die **translative Schuldübernahme** — anders die kumulative entsprechend den Regeln der Verträge auf Leistung an dritte — der Zustimmung des Gläubigers bedarf, ist selbstverständlich. Sie beruht entweder auf einem Vertrage zwischen ihm und dem Übernehmer, oder sie bedarf, wenn sie zwischen diesem und dem alten Schuldner geschlossen wird, der Zustimmung des Gläubigers und wirkt ohnedies höchstens als „Erfüllungsübernahme". Vom ersteren Fall handelt § 414, vom letzteren § 415; ersterer entspricht der römischen expromissio, letzterer der delegatio, nur jetzt mit den Wirkungen der Sukzession ausgestattet.

4. **Charakter des Vertrages:** Der Übernahmevertrag ist in beiden Fällen (s. Nr. 3) ein dinglicher, im Sinne von Nr. 5 a. E. abstrakter Vertrag; er ist zulässig bei allen solchen Forderungen, die ihrer Individualität gemäß eine Leistung durch einen andern als den alten Schuldner zulassen (fungible Leistungen, s. Bem. zu § 267), mit Zustimmung des Gläubigers auch bei anderen (Goldmann-Lilienthal S. 449).

5. **Form.** Daß die privative Schuldübernahme als solche formfrei sei, ergibt sich aus dem Fehlen einer Sondervorschrift und ist allgemein anerkannt. Desto bestrittener ist die Frage neuestens bei der kumulativen Schuldübernahme geworden. Viele wollen auf sie die Schriftform angewendet wissen, indem sie darin eine Bürgschaft oder doch ein die entsprechende Anwendung des § 766 rechtfertigendes bürgschaftsähnliches Geschäft erblicken. So besonders RG. ZS. VI vom 20. III. 1902, Bd. 51 Nr. 26 S. 122 und vom 14. XI. 1904, Bd. 59 Nr. 66 S. 232; zustimmend OLG. Braunschweig bei Seuffert Bd. 59 Nr. 224 S. 398 (hier unter Anerkennung von Bedenken); OLG. München in Rspr. IX S. 284; OLG. Rostock daselbst VI S. 449; weitere Angaben bei Warneyer, BGB. zu § 414 Nr. 1. Ebenso aus der Literatur Planck Nr. 2a, sowie im Ergebnis, aber aus anderen Gründen — die kumulative Schuldübernahme sei ein abstraktes Schuldversprechen im Sinne des § 780 —, Birkenbihl, Recht 03 286 und Hellbach daselbst S. 335. (Gegen diese Konstruktion Erk. des OLG. München, „Recht" 04 446 [6. VII. 1904]). Ferner Witte, PosMSchr. 03 69ff. (Neumann, Jahrb. II S. 257).

Gegen den Formzwang die weitaus meisten Schriftsteller, so Cosack § 159, II; David, Recht 03 356; Josef, DJZ. 03 422; Martinius bei Gruchot 49 181ff. (ausführlich); Rehbein Nr. 2; Staub, DJZ. 03 19; Silbermann in Bl. f. Rechtsanw. 68 365ff. Aus der Praxis ebenso die im „Recht" 03 287 angeführten Urteile des OLG. Frankfurt; ferner OLG. Celle vom 28. XI. 1901 in Rspr. IV S. 53 und — in bewußtem Gegensatz zum Reichsgericht — OLG. Köln daselbst VIII S. 84; s. auch die Angaben bei Warneyer aaO.

Nach dem oben zu 2) a. E. Gesagten ist die kumulative Schuldübernahme keineswegs Bürgschaft; eine direkte Anwendung des § 766 ist also ausgeschlossen. Die entsprechende Anwendbarkeit aber ist bei einer als solcher positiven Formvorschrift an sich bedenklich; ließe man sie zu, so wäre nicht einzusehen, warum denn nur die kumulative und nicht auch die noch weitergehende privative Schuldübernahme darunter fallen solle, von der das doch noch niemand zu behaupten gewagt hat. Wenn das RG. dagegen bemerkt: bei der privativen Schuldübernahme handle es sich um Leistung gegen Gegenleistung, indem durch die Genehmigung der Übernahme der alte Schuldner haftfrei würde, so trifft das nicht den entscheidenden Punkt: die Befreiung des alten Schuldners ist keine Gegenleistung, so daß der Gläubiger sie zu bewirken verpflichtet wäre, sondern ein zur Vollwirkung erforderlicher Teil des einheitlichen Übernahmegeschäftes selbst.

Gegen die entsprechende Anwendbarkeit der Formvorschrift spricht auch der von Silbermann entwickelte Gesichtspunkt, wonach der Versprechende bei der Schuldübernahme, gerade weil er in aller Form der Schuldner werden solle, die Folgen des Aktes leichter übersehen könne, während der Bürge häufig glaube, wegen seiner nur akzessorischen Beteiligung nicht in Anspruch genommen zu werden.

Übrigens gibt die neuere Entscheidung des RG. die Möglichkeit zu, daß jemand zwecks Schuldübernahme einfach als Gesamtschuldner eintreten könne, wobei dann der Formzwang entfalle; nur im Zweifel sei die kumulative Schuldübernahme als Bürgschaft anzusehen. Damit ist der frühere Standpunkt von der begrifflichen Identität beider grundsätzlich aufgegeben!

Die Einbeziehung der kumulativen Schuldübernahme unter den Begriff des abstrakten Schuldvertrages vollends beruht auf einer Verwechselung zwischen abstrakten Geschäften und abstrakt abgegebenen Versprechen, welch letztere darum, wenn in Beziehung auf eine bestehende Schuld abgegeben, als „kausale Hilfsgeschäfte" inhaltlich sehr wohl individualisiert sein können. Nur ein solches liegt hier vor: man verspricht die Zahlung der bereits vorhandenen, kausal bestimmten Schuld, ohne ihren Charakter als Kaufschuld, Darlehensschuld usw. damit auszuwischen. S. dazu auch Martinius aaO. und besonders neuestens M. Rümelin, ArchZivPrax. 97 226, 231ff., 239ff. Noch weniger ist die kumulative Schuldübernahme als Schenkversprechen anzusehen, Martinius aaO.

6. Die Schuldübernahme ist im allgemeinen eine **vertragsmäßige**; es gibt aber auch, wie eine gesetzliche Zession, eine notwendige Schuldübernahme, die ohne Rücksicht auf den Willen des beteiligten Schuldners eintritt. Das wird im § 419 für alle die Fälle angeordnet, wo jemand ein Vermögen übernimmt; dann soll er (kumulativ) neben dem alten Vermögensträger für die darauf lastenden Schulden haften. Einen anderen Fall enthält § 556 Abs. 3.

7. Von der Schuldübernahme zu scheiden ist die vom Entw. I sogenannte **Erfüllungsübernahme**: der nur unter den Parteien wirkende Vertrag zwischen dem Schuldner und einem dritten, durch den sich dieser verpflichtet, die Gläubiger jenes zu befriedigen. S. § 329 und Bem. dazu. Das wirkt im Zweifel nicht als Schuldübernahme, d. h. gibt den Gläubigern nicht unmittelbar Rechte. Wohl aber wirkt die mangels Zustimmung des Gläubigers als solche nicht zustande kommende Schuldübernahme im Zweifel wenigstens in der minder weitgehenden Weise der Erfüllungsübernahme, s. § 415 Abs. 2. S. ferner v. Blume bei Jhering aaO. S. 403ff., der statt der „Erfüllungsübernahme" von einer „internen" Schuldübernahme im Gegensatz zur externen geredet wissen will.

§ 414.

Eine Schuld kann von einem dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, daß der dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt.

E. I 314, E. II 467, R.V. 408. — Mot. S. 142—3, Prot S. 405.

1. § 414 handelt von der **Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer**, der „Expromission" des Landrechts. Der Vertrag kann als translative oder kumulative Schuldübernahme beabsichtigt sein; einer Zustimmung des dritten (des Schuldners) bedarf es auch im ersteren Falle ebensowenig, wie zur Zahlung der fremden Schuld. Da dem dritten dadurch lediglich Vorteile zufallen, so kann man den Vertrag als einen (liberatorischen) Vertrag zu Gunsten dritter bezeichnen.

Die Übernahme kann sich natürlich sowohl auf die ganze Schuld erstrecken, wie auf einen Teil derselben beschränken. Natürlich ist nicht ausgeschlossen, daß sich der Übernehmer vor Abschluß des Vertrages im Sinne von § 414 mit dem alten Schuldner seinerseits geeinigt hat; v. Blume aaO. S. 395 nimmt, wohl nicht mit Unrecht, an, daß das sogar die Regel bilde.

2. **Wirkung**: Der Vertrag bewirkt eine Sukzession in die Schuld mit allen Akzessionen: Zinspflicht, Pflicht zur Leistung einer etwaigen Vertragsstrafe usw. Wegen der Bürgschaften und Pfandrechte s. § 418.

3. **Können die Kontrahenten den Vertrag noch auflösen?** Nach Seuffert (Allgemeine Grundsätze des Obligationenrechts im Entwurf S. 41) im allgemeinen ja, und nur dann nicht, wenn der Übernehmer dem Schuldner gegenüber zur Übernahme verpflichtet war. Ich nehme mangels besonderer Abrede wenigstens für die translative Übernahme das Gegenteil an. Denn ist einmal der Dritte an Stelle des bisherigen

Schuldners getreten, so ist dieser befreit, und seine Schuld kann doch nicht durch Vereinbarung fremder Personen ohne weiteres wiederhergestellt werden.

§ 415.

Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab. Die Genehmigung kann erst erfolgen, wenn der Schuldner oder der Dritte dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgeteilt hat. Bis zur Genehmigung können die Parteien den Vertrag ändern oder aufheben.

Wird die Genehmigung verweigert, so gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt. Fordert der Schuldner oder der Dritte den Gläubiger unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Genehmigung nur bis zum Ablaufe der Frist erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.

Solange nicht der Gläubiger die Genehmigung erteilt hat, ist im Zweifel der Übernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger die Genehmigung verweigert.

E. I 315, E. II 358, RV. 409. — Mot. S. 143—6, Prot. S. 405—12.

1. **Wesen:** § 415 behandelt den im Leben gewöhnlichen, der römischen Delegation mutatis mutandis entsprechenden Fall der Schuldübernahme. Und zwar wird dabei nur an die translative gedacht. Denn die kumulative Schuldübernahme bildet in der Regel einen Vertrag zu Gunsten des Gläubigers, dessen Rechtsstellung dadurch nur erweitert werden kann, bewirkt also nach §§ 328 ein unmittelbares Anwachsen des Rechtes an ihn, und wo sie das nicht tut, sondern wo noch ein Beitritt des Gläubigers, eine Anzeige an ihn oder dergleichen gefordert wird, entspringt Existenz und Tragweite einer solchen Beschränkung nur aus dem Willen der Kontrahenten.

Anders die translative Schuldübernahme. Sie kann den Gläubiger nicht ohne seine Genehmigung berühren; sie ist auch (s. nam. Mot. S. 143, Kipp in Iherings Jahrb. 36 336 ff.; a. A. Gierke, Der Entwurf S. 207) kein Vertrag zu Gunsten dritter, da sie dem Gläubiger nur auf der einen Seite ebensoviel geben will, als sie ihm zugleich auf der andern nimmt, nur die Person des Verpflichteten ändern soll (anders als bei der Hinterlegung, s. Vorbem. vor § 372, die dem Gläubiger vertragsgemäß nur neue Rechte schafft und nur kraft gesetzlicher Bestimmung infolge dieser Rechtsverschaffung mittelbar das alte Recht lähmt oder beseitigt). Sie ist vielmehr, wenn auch gerade kein „Veräußerungsvertrag über fremde Rechte", so doch ein Geschäft, das in eine fremde Rechtssphäre eingreift, und daher der Genehmigung des Betroffenen bedarf; s. zur Konstruktion auch Windscheid § 339 Nr. 6 und dort zitierte; Protok. S. 407, 411. Gegen die hier vertretene Theorie neuestens mit großer Eindringlichkeit v. Blume aaO. Er sieht das Wesentliche der Schuldübernahme überall in dem Vertrage zwischen dem neuen Schuldner und Gläubiger; die Mitteilung des § 415 ist nach ihm Angebot zu einem solchen. Ähnlich auch Hellwig, Verträge S. 162, 166, 200 (zustimmend v. Tuhr KrVJSchr. 43 558): Der Akt des § 415 bedeutet nur die Erteilung einer Vollmacht an den alten Schuldner, namens des Übernehmers (Vollmachtgebers) dem Gläubiger das Angebot zur Erteilung seiner Zustimmung zu machen. Übrigens ist der Akt zwischen dem Beteiligten nur Erfüllungsübernahme (s. Vorbem. 7). Die Schuldnerübernahme stellt nur ein Mittel dar, durch das sich der Erfüllungsübernehmer von seiner Pflicht befreien kann.

Dagegen die meisten, wenn sie auch teilweise die Konstruktion des Gesetzes als rechtspolitisch bedenklich bezeichnen: Crome S. 352, Dernburg § 156, III, Endemann S. 887, Enneccerus S. 557, R. Horn passim, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 2c, Goldmann-Lilienthal S. 450 Anm. 8, Kipp zu Windscheid S. 373—4, Matthiaß S. 464, Otto, Sächs. Vorträge S. 298, Planck Nr. 1, Schollmeyer Nr. 4, besonders aber, in überzeugender Begründung, Regelsberger aaO.

Für die herrschende Lehre spricht insbesondere der Ausdruck „Genehmigung", der für die Annahme eines Vertragsangebots so unpassend wie möglich wäre. Ferner die bis zur Genehmigung den Kontrahenten gewährte Widerrufsfreiheit, welche die Offertentheorie mindestens für die Zeit nach der Mitteilung gemäß Abs. 1 S 2 nur als positive Ausnahme erklären könnte. Ferner die Möglichkeit, daß sowohl der alte Schuldner wie der Übernehmer, jeder offenbar im eigenen Namen, die „Mitteilung" dem Gläubiger mit gleicher Wirksamkeit machen können. Abs. 3 erklärt sich auch nach unserer Auffassung: es tritt bei unterbleibender Genehmigung Konversion ein; da der beabsichtigte stärkere Akt nicht zustande kommen kann, so soll doch mindestens der von dem fehlenden Tatbestandsmoment unabhängige schwächere als im Zweifel gewollt unterstellt werden (über die allgemeine Regel des § 140 hinaus).

Ob die praktisch-rechtspolitischen Bedenken v. Blumes gegen § 415 zutreffend sind (weil er den Übernehmer bedingungslos dem Gläubiger ausliefere, ihn der Einrede des nicht erfüllten Vertrages beraube), muß die Zukunft lehren; jedenfalls ist mit Regelsberger (S. 480) dem Übernehmer die Aufnahme einer Vertragsbestimmung des Inhalts anzuraten, daß der Schuldner zur Mitteilung an den Gläubiger erst nach Erfüllung oder Kreditierung seiner Vertragspflichten dem Übernehmer gegenüber befugt sein solle.

In anderer Weise bekämpft neuestens Sohm (Der Gegenstand S. 25) die herrschende Lehre: Die Schuldübernahme ist ihm zwar Vertrag zwischen Ur- und Neuschuldner, aber keine Verfügung über die Forderung, begründet keine Sukzession. Der Vertrag ist ein Verpflichtungsvertrag. — Diese Lehre dürfte gleichfalls dem Wortlaut und der Auffassung des Gesetzes zuwider sein.

Die Genehmigung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft gemäß §§ 130ff., auf das die Regeln der §§ 182ff. Anwendung finden; sie kann also beiden Kontrahenten gegenüber erklärt werden und hat rückwirkende Kraft. Anders natürlich v. Blume in Konsequenz seiner Lehre, wonach die Genehmigung die Annahme eines Vertragsangebots mit Schuldübernahme darstellt. Wie hier Schollmeyer Nr. 1b, Kipp aaO. S. 373 unter zutreffender Berufung auf § 184. Dafür spricht auch, daß der Gläubiger die Schuldübernahme auch nur so genehmigen kann, wie sie erfolgt ist, d. h. als eine im Zeitpunkt der Abrede erfolgte und nach der vermutlichen Parteiabsicht von da ab wirksame.

Die Genehmigung kann insbesondere auch in der äußeren Form der Klageanstellung gegen den neuen Schuldner vollzogen werden, s. Entsch. d. RG. 33, Nr. 39 S. 184. Jedoch liegt nicht notwendig in jeder Klageanstellung unterschiedslos eine solche Genehmigung. Entsch. des RG. 19, Nr 48 S. 253.

2. Die Genehmigung kann erst erfolgen auf Grund einer vorgängigen **Mitteilung**, die nach dem Text im Zweifel von jedem der beiden Kontrahenten, nicht, wie v. Blume für das GR. zu Unrecht behauptet, nur vom neuen Schuldner ausgehen kann.

Ein Vertragsangebot ist die Mitteilung nicht, s. oben Nr. 1, weder ein solches des Übernehmers, noch, wie früher Einzelne meinten, eine „Kollektivofferte" beider Kontrahenten, wenn sie auch in gewissem Sinne einem solchen Angebot ähnelt. Sie entspricht vielmehr den sonst im Gesetzbuch, z. B. im § 108 Abs. 2, vorkommenden Fällen einer Aufforderung zur Herbeiführung eines zum gültigen Geschäftsschluß noch erforderlichen Tatbestandsmoments.

Möglich wäre an sich auch eine vorgängige, vor der Mitteilung erfolgte Genehmigung. Sie soll indes nach Abs. 1 S. 2 zu einer wirksamen Schuldübernahme im Sinne des **§ 415** nicht genügen. Dagegen kann darin, wenn sie dem neuen Schuldner gegenüber abgegeben ist, ein wirksamer Vertrag im Sinne des **§ 414** erblickt werden. Anders Planck Nr. 3 und Otto, Sächs. Vorträge S. 298: die vorgängige Einwilligung bewirkt, daß die nachher vollzogene Schuldübernahme zwischen beiden Kontrahenten — also im Sinne des § 415 — sofort in Wirksamkeit tritt.

3. **Aufhebung:** Bis zur Genehmigung, nicht etwa nur bis zur Mitteilung zu 2), können die Kontrahenten den Vertrag noch aufheben. Einer allein hat das Recht für sich nicht. Nicht minder ist die Mitteilung widerruflich.

Gegen die Widerruflichkeit der Mitteilung Hellwig S. 167, vom Standpunkt der Offertentheorie, ebenso Planck Nr. 2, dafür Schollmeyer Nr. 2 a. E. Aber wenn die Kontrahenten den ganzen Vertrag aufheben können (Abs. 1 S. 3), muß ihnen der Widerruf der bloßen Aufforderung zum Beitritt als das Mindere erst recht gestattet sein.

4. **Beitrittsverweigerung**: Statt zu genehmigen, kann Gläubiger den Beitritt auch verweigern und dadurch dem Schwebezustand ein Ende machen. Für die Form der Verweigerung gilt das oben Nr. 1 wegen der Genehmigung Gesagte analog. Sie wird unterstellt nach fruchtlosem Ablauf der gemäß Abs. 2 gestellten Erklärungsfrist. Diese ist weder gesetzlich fixiert, noch braucht sie, anders als z. B. in §§ 283 und 326, eine „angemessene" zu sein. Übrigens kann die Genehmigung auch nach der Fristsetzung dem einen wie dem andern gegenüber erfolgen, auch wenn er sie nicht selbst gestellt hatte. Die Verweigerung läßt die Schuldübernahme als solche völlig beseitigt werden, anders als nach Entw. I; es verbleiben aber noch immer die Wirkungen der Erfüllungsübernahme, s. Nr. 5.

Nach Hellwig S. 164 ist die Verweigerung Ablehnung eines Vertragsangebots; das steht und fällt mit seiner zu 1. bekämpften Offertentheorie. Wir können sie einfach als das Fehlschlagen einer auf den Willen eines dritten gestellten Rechtsbedingung ansehen, entsprechend der Genehmigungsweigerung im Falle des § 108.

Auch nach der Verweigerung kann natürlich noch immer eine Schuldübernahme im Sinne des § 414 vollzogen werden, und den Antrag zu einer solchen wird man in einer erneuten Aufforderung des Übernehmers meist ohne weiteres finden können, Dernburg aaO. Nr. 3, Crome S. 355, Hellwig S. 168; anders Planck Nr. 4 a. E.

Wegen der **Fristsetzung** s. auch Romeick, Fristbestimmung S. 55, DJZ 6 475. Haben beide Kontrahenten eine **verschiedene Frist** gesetzt, so lassen manche, — z. B. Planck Nr. 5 — die jeweils kürzere maßgebend sein. Dagegen soll nach Goldmann S. 452 die zuerst gestellte, nach Romeick die angemessene Frist, wenn die eine zu kurz, die andere zu lang bemessen ist, die richtige Mittellinie zwischen beiden maßgebend sein.

M. E. ist für Goldmann zu entscheiden: ist einmal eine Frist gestellt, so ist dadurch auch der Zeitraum für die Genehmigung festgelegt, und für weitere Fristsetzung kein Platz mehr. Bei gleichzeitiger Fristsetzung wird die den Umständen angemessene, eventuell die längere Frist am ehesten den Vorzug verdienen, weil sie der Herbeiführung einer Wirksamkeit des Übernahmeaktes am günstigsten ist.

5. **Wirkung des nicht genehmigten Vertrages**: Der mangels Genehmigung noch nicht oder wegen Verweigerung überhaupt nicht als Schuldübernahme wirksame Vertrag hat darum im Zweifel doch immer die Wirkung einer Erfüllungsübernahme unter den Parteien im Sinne von § 329 unter Berücksichtigung von § 364 Abs. 2. Aber nur zur Befriedigung ist der Übernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, nicht zu einer neuen Schuldübernahme. Anders Entw. I.

6. Verschieden von Schuld- und Erfüllungsübernahme ist der Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner, wonach dieser seine Schuld an Stelle des Gläubigers an einen dritten, der des Gläubigers Gläubiger ist, zu erfüllen verspricht, s. Hellwig S. 195 ff.

§ 416.

Übernimmt der Erwerber eines Grundstücks durch Vertrag mit dem Veräußerer eine Schuld des Veräußerers, für die eine Hypothek an dem Grundstücke besteht, so kann der Gläubiger die Schuldübernahme nur genehmigen, wenn der Veräußerer sie ihm mitteilt. Sind seit dem Empfange der Mitteilung sechs Monate verstrichen, so gilt die Genehmigung als erteilt, wenn nicht der Gläubiger sie dem Veräußerer gegenüber vorher verweigert hat; die Vorschrift des § 415 Abs. 2 Satz 2 findet keine Anwendung.

Die Mitteilung des Veräußerers kann erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Sie muß schriftlich geschehen und den Hinweis enthalten, daß der Übernehmer an die

Stelle des bisherigen Schuldners tritt, wenn nicht der Gläubiger die Verweigerung innerhalb der sechs Monate erklärt.

Der Veräußerer hat auf Verlangen des Erwerbers dem Gläubiger die Schuldübernahme mitzuteilen. Sobald die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung feststeht, hat der Veräußerer den Erwerber zu benachrichtigen.

E. I 318², E. II 359, RV. 410. — Mot. 148—50, Prot. S. 413—18, D. S. 84—6.

Literatur: Oberneck, Grundbuchrecht Aufl. 3 S. 851 ff., Rehbein, Kommentar S. 425 ff.

1. **Bedeutung. Verhältnis zum bisherigen Recht.** § 416 behandelt einen besonders wichtigen Fall der Schuldübernahme, wenn nämlich der Erwerber (nicht notwendig: Käufer) eines Grundstücks in Anrechnung auf den Kaufpreis oder sonstwie durch Vertrag die Bezahlung von Hypotheken übernimmt.

Für diesen Fall hatten schon das Preußische Gesetz vom 5. V. 1872, § 41, und das Bayrische Gesetz vom 29. V. 1886 Art. 1 Nr. 2 besondere Regelung getroffen, indem sie einerseits dem Gläubiger auch ohne Beitritt ein direktes Recht gegen den Erwerber gaben, andererseits ihm aber das Recht gegen den Veräußerer entzogen, wenn er den Beitritt zum Übernahmeakt verweigerte, aber nicht innerhalb gewisser kurzer Fristen durch Kündigung und Klage sich seinen Anspruch gegen ihn erhielt.

Das BGB. geht in beiden Punkten weniger weit:

a) es läßt auch hier den Gläubiger erst durch seinen Beitritt Rechte erwerben, und zwar kann dieser hier, anders als nach § 415, nur auf Anzeige des Veräußerers und durch Mitteilung an ihn erfolgen, s. unten Nr. 4.

b) Stillschweigen auf die Anzeige während 6 Monaten gilt hier als Genehmigung, also umgekehrt wie nach § 415 das Schweigen in der dort vorgesehenen von der Partei gesetzten Frist. Ist aber die Verweigerung erfolgt, so bedarf es zur Erhaltung der Rechte gegen den Veräußerer keiner Kündigung und alsbaldiger Klage, s. dazu Prot. S. 415/6.

2. **Anwendungsgebiet:**

Wörtlich bezieht sich § 416 nur auf solche Schulden des Veräußerers, für die gerade eine Hypothek am veräußerten Grundstück besteht. Eine Ausdehnung auf rein persönliche Schulden des Veräußerers, wie sie Entw. I vorsah, ist unstatthaft. Wohl aber erheben sich sonstige Zweifel:

a) Ist § 416 analog wenigstens auf **Grund- und Rentenschulden** zu erstrecken? Dafür war die überwiegende Praxis des Preußischen Rechts, ebenso jetzt Brettner bei Gruchot **42** 795. Dagegen aber alle anderen, besonders Oberneck S. 853, Rehbein S. 427, Turnau-Förster, Grundbuchrecht S. 926. Mit Recht: für die Verneinung spricht nicht nur die Entstehungsgeschichte — Erweiterungsanträge wurden abgelehnt — und der geflissentlich beschränkende Wortlaut, sondern auch die Erwägung, daß die Beziehung zwischen den genannten Belastungsformen und den ihnen etwa zu Grunde liegenden Schuldverhältnissen eine ganz lose, im Grundbuch nicht zum Ausdruck kommende ist. Will der Erwerber sie übernehmen, so kann er das nur im Wege der gewöhnlichen Schuldübernahme tun.

b) Bezieht sich die Vorschrift auch auf bloß **vorgemerkte Hypotheken?** Dafür Oberneck S. 854, Rehbein aaO., wohl mit Recht, da diese mindestens im vermutlichen Sinne der Parteien einer bedingten wirklichen Hypothek gleichzustellen sind.

c) Bei Hypotheken muß es genügen, wenn zur Zeit der Übernahme der Grund für sie bereits gelegt war, auch wenn sie erst bedingt bestanden. Fiel ihre Entstehung aber überhaupt erst in die Zeit nach dem Vertragsschluß, wennschon vor dem Eigentumsübergang, so ist § 416 nicht anwendbar, höchstens in Form eines wohl nach seinem Muster zu behandelnden Nachtragsvertrages kann der Erwerber auch sie übernehmen.

Wie aber in dem umgekehrten Falle, wenn die übernommene hypothekarische Schuld vor der Eintragung des Erwerbers erlischt? Dann tritt im allgemeinen die Pflicht zur vollen, durch Anrechnung nicht mehr beschränkten Preiszahlung ein, s. RG. bei Gruchot 31 936, Oberneck aaO. Denn da er in Wahrheit hier keine Last übernommen hat, führt auch die vereinbarte Anrechnung des übernommenen Quantums

zu keiner Preisminderung. Da ferner die Schuldübernahme im Fall des § 416 nach Abs. 2 wirksam werden konnte erst nach der Eintragung, kann man auch nicht sagen, daß der Erwerber nur nachträglich von einer anfänglich wirksam übernommenen Schuld frei geworden sei.

3. **Die Mitteilung der Übernahme.** Ihre Erfordernisse gibt Abs. 2 an. Insbesondere muß sie durch den Veräußerer schriftlich, im Sinne von §§ 125—6, an den Gläubiger geschehen. Unerläßlich ist zur Wirksamkeit der in Satz 2 daselbst bezeichnete Hinweis; fehlt er, so kann sie eine Wirkung im Sinne des § 416 nicht herbeiführen. So auch RG. JS. VI vom 6. VI. 1904 bei Gruchot **49** 354 ff., teilweise anders Planck Nr. 2c. Doch dürfte nichts im Wege stehen, die auf eine anderweite (etwa durch den Erwerber) oder mündlich, oder ohne den Hinweis erfolgende, Mitteilung hin vollzogene Genehmigung wenigstens nach § 415 als wirksam zu erachten. Darauf geht im Ergebnis auch allein Plancks Meinung hinaus, und wenn das RG. aaO. sich unter Berufung auf Abs. 1 Satz 1 a. E. dagegen erklärt, können seine Gründe nicht überzeugen. Denn dort wird die Genehmigung nur von einer Mitteilung überhaupt abhängig gemacht (so kann . . . . nur genehmigen, wenn . . . .), und wenn für diese in Abs. 2 Satz 2 besondere Vorschriften aufgestellt werden, so ist anzunehmen, daß das Gesetz nur die besonderen Wirkungen der Schuldübernahme beim Grundstückserwerb, nicht auch die einer gewöhnlichen Schuldübernahme durch den Erwerber von ihrer Beobachtung hat abhängig machen wollen. Auch sie in dem fraglichen Fall zu erschweren, wäre sinnlos und rechtspolitisch verfehlt; es würde zudem gegenüber einem anderweiten Parteiwillen doch nicht durchführbar sein, da die Parteien zweifellos — hypothetisch auch vom RG. zugegeben — die Anwendbarkeit des § 416 von vornherein vertragsmäßig ausschließen und dadurch die des § 415 erzielen können. Außerdem bleibt, auch nach dem RG., dem Erwerber die Möglichkeit einer Schuldübernahme nach § 414 natürlich unverschränkt.

4. **Die Genehmigung.** Sie kann in jeder Form erfolgen, Abs. 2 ist auf sie nicht anwendbar. Zweifelhaft aber ist, an wen sie zu richten sei. Da die Mitteilung (s. Nr. 3) nur durch den Veräußerer geschehen kann, so liegt es nahe, auch ihn als allein zulässigen Adressaten der Genehmigung zu erachten, zumal auch die Verweigerung (s. Nr. 5) nach Abs. 1 Satz 2 wirksam nur an ihn erfolgen kann. So in der Tat, neben meiner Aufl. 1 Nr. 1a, Brettner bei Gruchot **42** 794, Mayring-Staudinger Nr. 2 (anders jetzt Kuhlenbeck, Aufl. 2 daselbst), Rehbein Nr. 25, Schollmeyer Nr. 3. Anders freilich Planck Nr. 1b, dem Dernburg § 159, III, 4, Oberneck S. 859, Turnau-Förster S. 924 beitreten. Aber § 182 Abs. 1, auf den man sich beruft, wird eben durch die abweichende Regelung in § 416 zurückgedrängt, und wenn diese sich auf die Mitteilung bezieht, wird sie sich sinngemäß auch auf die deren Beantwortung darstellende Genehmigung erstrecken müssen.

Daß die Genehmigung auch durch konkludente Handlungen erfolgen könne, ist zweifellos; sie ist insbesondere nach der positiven Vorschrift von Abs. 1 Satz 2 im Stillschweigen während 6 Monaten auf die Mitteilung zu finden, s. oben Nr. 1b. Doch setzt die Anwendbarkeit dieser Vorschrift voraus, einmal, daß dem Gläubiger keine Änderungen im Zinssatz oder sonstigen Schuldinhalt angesonnen werden (so auch Turnau S. 924), zum andern, daß die Mitteilung des Abs. 2 (s. oben Nr. 3) gesetzmäßig erfolgt war.

Ob aber nicht wenigstens eine gewöhnliche Genehmigung im Sinne des § 415 von der Beobachtung der Vorschriften des § 416 unabhängig erfolgen könne, ist zweifelhaft. Daß die Frage zu bejahen sei, wenn die „Mitteilung" erfolgt war und nur gegen die Erfordernisse des Abs. 2 Satz 2 verstieß, ist schon oben Nr. 3 dargelegt. Sie muß dagegen wohl verneint werden, wenn die Mitteilung des Veräußerers vor der Eintragung des Veräußerers erfolgte; anders Dernburg § 159, III, 1, Kisch bei Grünhut **29** 356, Schollmeyer Nr. 3d, Turnau-Förster S. 923, wie hier RG. bei Gruchot **49** 354 ff., Planck Nr. 2d, Goldmann-Lilienthal S. 457, s. auch die Angaben aus der Praxis bei Neumann III S. 205. Denn eine Mitteilung vor der Eintragung ist im Sinne des § 416 offenbar keine Mitteilung; ohne solche soll aber im Fall des § 415 nach Abs. 1 Satz 1 daselbst überhaupt keine Schuldübernahme im Wege der Genehmigung wirksam werden können. Das hat auch gute innere Gründe: das Interesse des Erwerbers gebietet es, ihn nicht bereits haftbar zu machen, bevor er das Grundstück zu Eigen erlangt hat; es darf unterstellt werden, daß er die Übernahme nur in untrennbarer Verbindung mit dem

Eigentumserwerb erklärt habe. Eine vorgängige Genehmigung kann somit höchstens mit Goldmann als bedingt wirksam — durch den künftigen Eigentumsübergang — anerkannt werden. Will der Erwerber unbedingt haftbar werden, so bleibt ihm dafür noch immer der Weg des Übernahmevertrags nach § 414, so auch RG. aaO., OLG. Braunschweig in Rspr. VIII S. 52.

Dagegen ist nicht gesagt, daß die Genehmigung des § 416 auch nur erfolgen könne, solange der Erwerber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, RG. 56 Nr. 51 S. 200ff., wodurch die entgegengesetzte Ansicht des OLG. Stuttgart (Rspr. VIII S. 49ff.) verworfen wurde. Anders auch Oberneck, wie hier Fuchs, Grundbuchrecht S. 715.

5. **Die Verweigerung.** Sie kann nur dem Veräußerer gegenüber innerhalb von 6 Monaten seit der Mitteilung erfolgen. Die einmal erklärte ist unwiderruflich, Oberneck S. 861. Ist die Genehmigung einmal verweigert, so bleibt Veräußerer verpflichtet; er kann nun zahlen und dadurch gemäß §§ 1164/66 selbst die Hypothek an sich bringen.

Außerdem gilt der Satz des § 415 Abs. 3 zweifellos auch hier: also dem Veräußerer gegenüber ist der Erwerber trotz der Weigerung des Gläubigers zur Tilgung der Schuld verpflichtet; dies unter Berücksichtigung von § 364 Abs. 2.

6. Daß auch in unserem Falle daneben die Schuldübernahme im Wege des § 414 vor sich gehen kann, bedarf keiner Bemerkung; alsdann wird der zwischen den beiden Schuldnern vorher geschlossene Übernahmevertrag gegenstandslos, Planck Nr. 2a.

7. Wegen einer **wiederholten Veräußerung** des Grundstücks, sowie wegen der Folgen einer **teilweisen Genehmigung** der Schuldübernahme s. Oberneck aaO.; wegen der Folgen einer Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Erwerbsgeschäftes für die damit verbundene Schuldübernahme s. Bem. 3 zu § 417. Mindestens im Zweifel fällt mit jenem auch diese hin; Abs. 1 Satz 1 a. E. zeigt deutlich, daß das Gesetz den Erwerber nur, soweit er dies durch das Geschäft rechtswirksam wird, zum Schuldner gemacht wissen will.

8. Ist der **Erwerber selbst Gläubiger** der hypothekarisch gesicherten Forderung, so ist § 416 unanwendbar; hier ist nicht von Anrechnung auf, sondern nur von Aufrechnung gegen den Kaufpreis die Rede, s. Rehbein S. 427.

9. Streitig und hier nicht weiter zu untersuchen ist die Frage, ob die Anwendung des § 416 bis zur **Einführung des Grundbuches** suspendiert sei? M. E. ist sie mit dem BayObLG. bei Seuffert 60 Nr. 32 S. 60 zu verneinen. Anders freilich die überwiegende Praxis, s. die Angaben im „Recht" 04 546.

§ 417.

Der Übernehmer kann dem Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben. Eine dem bisherigen Schuldner zustehende Forderung kann er nicht aufrechnen.

Aus dem der Schuldübernahme zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zwischen dem Übernehmer und dem bisherigen Schuldner kann der Übernehmer dem Gläubiger gegenüber Einwendungen nicht herleiten.

E. I 316, E. II 360, RV. 411. — Mot. S. 146—7 Prot. 419—21.

Literatur: Rappaport (s. zu § 401) S. 92ff., 102ff.

1. **Bedeutung:** Der § 417 ist eine eigentlich selbstverständliche Folgerung aus dem bei der Schuldübernahme anerkannten Sukzessionsprinzip und entspricht dem Satze des § 404 bei der Zession. Über den Begriff der „Einwendungen", s. Bem. 2 zu § 404. Die erst nach der Übernahme begründeten darf der Übernehmer natürlich dem Gläubiger nicht entgegenstellen; er darf auch nicht mit einer schon früher bestehenden Gegenforderung aufrechnen (wohl aber die schon vom alten Gläubiger früher vollzogene Aufrechnung als rechtsvernichtende Tatsache geltend machen, s. Mot. S. 186).

Zweifelhaft ist die Verwendbarkeit solcher Einwendungen, die in der Zwischenzeit zwischen dem Vertragsschluß und der Genehmigung (§ 415) entstanden sind. Dafür Kisch bei Grünhut 29 S. 540, dagegen Schollmeyer Nr. 1a wegen der rückwirkenden Kraft der Genehmigung. Aber diese hat das Gesetz schwerlich anders, als unvorgreiflich der durch Ereignisse der Zwischenzeit geänderten rechtlichen Situationen angeordnet!

Eine Anerkennung, die die alten Einwendungen beseitigte, liegt also in der Schuldübernahme als solcher keineswegs, selbst nicht kraft der etwa gemäß § 415 erfolgten Aufforderung an den Gläubiger zur Genehmigung. Natürlich kann sie im Einzelfalle doch darin zu finden sein: alsdann wären Mängel des Schuldverhältnisses nur nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zu rügen.

2. Ebenso kann natürlich der Übernehmer sowohl im Falle von § 414 wie von 415 solche Einwendungen geltend machen, die sich auf die **Gültigkeit des** zwischen ihm und dem Gläubiger oder dem alten Schuldner vollzogenen **Übernahmevertrages** selbst beziehen, z. B. solche aus Formmängeln, aus Unsittlichkeit oder Verbotswidrigkeit des Inhalts, aus Mangel der Geschäftsabsicht. Auch das ändert sich an sich nicht dadurch, daß der Übernehmer den Gläubiger zum Beitritt auffordert. Nicht minder kann jener natürlich aus seinem eigenen Verhältnis zum Gläubiger Einwendungen erheben (z. B. die der Aufrechnung).

3. Dagegen können, entsprechend dem für die Delegation und die Zahlung fremder Schulden geltenden Rechte (s. Dernburg, Pand. II, § 59 Nr. 12), aus dem der Übernahme zu Grunde liegenden **Kausalgeschäft Einwendungen nicht hergeleitet werden.** Denn: „creditor suum recepit", und er hat ja auch vollen Entgelt geleistet in der Aufgabe des alten Schuldners, s. ferner die Gesichtspunkte bei Enneccerus S. 559. Andererseits kann sich aber auch der Gläubiger auf dieses Kausalverhältnis nicht berufen, z. B. um darzutun, daß der Übernehmer an der Geltendmachung der Einreden zu Nr. 1 kein selbständiges Interesse habe, Crome § 204 Nr. 3.

Möglicherweise ist es zweifelhaft, ob die Einwendung sich auf die Übernahme selbst oder auf ihr Kausalgeschäft beziehe. Dies zwar nicht leicht bei der nach § 414, wohl aber bei der nach § 415 erfolgenden. Sie wird vielfach nur als Bestandteil des Kausalaktes vollzogen sein, sodaß sie mit diesem ohne weiteres hinfällig wird. Das ist besonders bei der Hypothekenübernahme im Sinne des § 416 mindestens im Zweifel anzunehmen (so auch Dernburg § 159, III 10; anders Horn aaO S. 73ff.

Wann die Schuldübernahme übrigens als eine gegenüber dem Kausalgeschäft unselbständige anzusehen sei, ist Tatfrage; an sich ist sie es in keinem Falle. Sie stellt vielmehr, einerlei ob nach §§ 414 oder 415 geschlossen, grundsätzlich einen abstrakten Vertrag dar.

Zu Unrecht folgert Hellwig S. 173 aus dem hier Gesagten die Unrichtigkeit der herrschenden Meinung über das Wesen der Schuldübernahme, da die Wirksamkeit der von ihr angenommenen bloßen Genehmigung des Gläubigers diesem kein von dem genehmigten Kausalakt unabhängiges Recht verschaffen könne. Das wäre nur dann durchschlagend, wenn es wirklich der Kausalakt (z. B. der Immobiliarveräußerungsvertrag) selbst wäre, dem der Gläubiger beizutreten hätte. Aber in Wahrheit vollzieht sich sein Beitritt zu der davon nach dem Gesagten grundsätzlich verschiedenen, wenn auch vielleicht äußerlich damit verbundenen Schuldübernahme, die vom Kausalakt ebenso unabhängig ist — oder doch sein kann — wie die Zession von dem Zessionsgrund. Die Schuldübernahme enthält, wie Planck Nr. 3 Abs. 2 ganz zutreffend sagt, eine Erfüllung der im Kausalakt übernommenen Pflicht, oder doch — dies gegen Hellwigs Polemik — den dem Schuldner allein möglichen Versuch zur Herbeiführung der Erfüllung, einen Versuch, dessen Erfolg hier, anders als bei der Zession, freilich nicht ohne Mitwirkung eines dritten, des Gläubigers, eintreten kann.

Die Mängel des Kausalaktes kann der Übernehmer, soweit er die Schuld nicht bloß unselbständig übernahm, nur mit Ansprüchen aus der ungerechtfertigten Bereicherung verfolgen. Sicherlich kann er mit diesen gegen den durch die Schuldübernahme auf seine Kosten bereicherten Schuldner vorgehen und von ihm Befreiung von der übernommenen Schuld, event. Ersatz im Sinne von § 818 begehren. Dagegen kann man dem Übernehmer nicht auch wegen eines Mangels im Rechtsgrunde der Schuldübernahme einen Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger gewähren. Das wird allgemein anerkannt, wenn die Schuldübernahme sich durch Vertrag zwischen dem alten und neuen

Schuldner vollzog, hier auch von Planck Nr. 3 Abs. 2. Dagegen soll nach Planck das. Abs. 4 und Dernburg II § 157 Anm. 3 dann der Bereicherungsanspruch auch gegen den Gläubiger gerichtet sein, wenn die ihm gegenüber vollzogene Schuldübernahme des Rechtsgrundes entbehrte, z. B. in der irrigen Vorstellung einer bestehenden Pflicht dazu erfolgt war, so auch Kuhlenbeck-Staudinger Nr. IIa. Anders auch für diesen Fall Kisch bei Grünhut 29 356, Schollmeyer Nr. 2. Mit Recht: denn da der Gläubiger durch denselben Akt, den Vertragsschluß, der ihm den neuen Schuldner verschaffte, den alten verloren hat, ist von einer Bereicherung bei ihm keine Rede. Es bleiben dem Übernehmer also nur die Ansprüche aus der ungerechtfertigten Bereicherung gegen den Schuldner auf Beseitigung der Schuldübernahme, event. auf Ersatz im Sinne von § 818.

Die Schuldübernahme als solche — einerlei, ob nach §§ 414 oder 415 geschlossen — ist ein abstrakter Akt (kein abstraktes Schuldversprechen, s. Vorbem. 5 a. E.).

4. Ist das Geschäft, aus dem der Urschuldner verpflichtet war, für ihn anfechtbar, so kann der Schuldübernehmer die übernommene Schuld nicht selbst durch Anfechtung vernichten. Man wird ihm aber nach Analogie des Bürgen (§ 770) mit Hellwig, Anspruch S. 18 und Kuhlenbeck-Staudinger III 2 wohl eine verzögerte Einrede gegen den Anspruch zubilligen dürfen.

§ 418.

Infolge der Schuldübernahme erlöschen die für die Forderung bestellten Bürgschaften und Pfandrechte. Besteht für die Forderung eine Hypothek, so tritt das Gleiche ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Bürge oder derjenige, welchem der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in diese einwilligt.

Ein mit der Forderung für den Fall des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht kann nicht im Konkurs über das Vermögen des Übernehmers geltend gemacht werden.

E. I 317, E. II 361, RV. 412. — Mot. S. 147, Prot. S. 421—5.

1. Der Satz des § 418 ergibt sich aus der praktischen Erwägung, daß die Interessen der Bürgen und Pfandeigentümer ohne ihr Zutun wesentlich beeinträchtigt würden, wenn an Stelle des ursprünglichen ein vielleicht ihnen ganz fernstehender und weniger solventer Schuldner gesetzt werden könnte. Aus diesem Grund entfällt die Vorschrift auch bei Einwilligung der Beteiligten in die Übernahme. Eine solche wird ohne weiteres anzunehmen sein, wenn der Schuldner, dessen eigene Sache zum Pfande bestellt ist, gemäß § 415 (anders nach § 414) mit einem dritten den Übernahmevertrag schließt; ebenso, wenn der Schuldübernehmer zugleich der Pfandeigner ist.

Auf gesetzliche Bürgschaften und Pfandrechte findet das Gesagte natürlich keine Anwendung, da sie vom Willen des Betreffenden unabhängig sind, s. Prot. S. 425, Planck Nr. 4, anders freilich Enneccerus S. 561 Anm. 1.

Insbesondere bei Hypotheken führt die Bestimmung des Satz 2 zur Entstehung einer Hypothek des Eigentümers, wie sie nach §§ 1165, 1168, 1175 bei Verzicht des Berechtigten auf die Hypothek eintritt.

2. **Die Einwilligung** des S. 3 ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Geschäft nach §§ 130ff., 182ff. Sie kann danach sowohl dem einen wie dem andern Teile gegenüber erklärt werden. Ob sie auch nachträglich (als Genehmigung) wirksam vollzogen werden könne, ist zweifelhaft, dafür Enneccerus aaO. Anm. 2, dagegen Planck Nr. 1 a. E. Das praktische Bedürfnis spricht für die Bejahung, der Wortlaut nicht dagegen — ist die Frage der Zustimmung der in Satz 3 Genannten noch unentschieden, so ist auch die Anwendbarkeit des Satz 1, der das Erlöschen der fraglichen Rechte ausspricht, noch in der Schwebe. Daß das Gesetz nur von Einwilligung (§ 183), nicht von Genehmigung (§ 184) spricht, kann bei der nahen Verwandtschaft beider und der in § 184 anerkannten Mitwirkung der letzteren kaum Bedenken erregen.

3. **Abs. 2** steht in Gegensatz zu dem, was § 401 Abs. 2 für die Zession bestimmt; er erklärt sich aus der öffentlichen, durch Privatabreden unberührt bleibenden Rangordnung der Forderungen im Konkurse, s. Mot S. 147, Enneccerus S. 561.

§ 419.

Übernimmt Jemand durch Vertrag das Vermögen eines anderen, so können dessen Gläubiger, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, von dem Abschlusse des Vertrages an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Übernehmer geltend machen.

Die Haftung des Übernehmers beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Beruft sich der Übernehmer auf die Beschränkung seiner Haftung, so finden die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften der §§ 1990, 1991 entsprechende Anwendung.

Die Haftung des Übernehmers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner ausgeschlossen oder beschränkt werden.

E. I 319, E. II 362, RV. 413. — Mot. S. 151—2, Prot. S. 427—30.

Literatur: Koeltz, Diss. Erlangen 1901.

1. **Bisheriges Recht.** § 419 behandelt die Wirkungen der Übertragung eines Vermögensganzen (§ 311) in Bezug auf die Schuldenhaftung. Da das Vermögen der Fonds ist, aus dem bestimmungsgemäß die Begleichung der dem Subjekte obliegenden Verbindlichkeiten zu erfolgen hat, so ist es nur angebracht, den Übernehmer dieses Fonds auch für sie verantwortlich zu erklären; nicht nur auf Grund eines besonderen Vertrages, sondern selbst unmittelbar kraft gesetzlicher Bestimmung. Das hat denn auch vorzüglich das Landrecht getan im Falle des Vitalizienvertrages (Anhang § 19 zu I, 11, § 646), des Erbschaftskaufes und, nach der Praxis, bei der Schenkung eines gesamten Vermögens. Auch für das Gemeine Recht ist es als aus der Natur der Sache folgend vertreten worden von Delbrück (Übernahme fremder Schulden S. 70 ff.) und v. Blume (Schuldübertragung S. 136 ff.), auch bisweilen von der Praxis anerkannt, s. Entsch. d. RG. 17 Nr. 22 S. 100, ferner die bei v. Blume S. 160 No. 3 mitgeteilten Erkenntnisse.

Besonders viel besprochen und bestritten war die Frage wegen des Überganges der auf einem veräußerten Handelsgeschäft belastenden Schulden, s. die Angaben in Staubs Kommentar, Aufl. 5, S. 54/5.

Das BGB. hat auch hier durch den Satz des § 419 die Entwicklung vollendet. Er gilt allgemein für alle Fälle der vertragsmäßigen Vermögensübernahme, doch sind einzelne noch besonders geregelt:

a) der Verkauf einer Erbschaft, §§ 2371 ff., dem ein sonstiger Vertrag darüber gleichgestellt wird nach § 2385.

b) die Übernahme eines Handelsgeschäftes unter der bisherigen Firma, HGB. §§ 25, 28.

2. **Wesen:** Die Schuldübernahme des § 419 ist

a) eine gesetzliche; sie stellt sogar zwingendes Recht vor, da nach Abs. 3 ein vertragsmäßiger Ausschluß zwischen dem alten und neuen Schuldner nicht vereinbart werden kann (weniger weitgehend HGB. § 25 Abs. 2), d. h. dem Gläubiger gegenüber — unter den Parteien wird natürlich der Wirkung einer anderweitigen Abmachung nichts im Wege stehen.

b) eine kumulative, gemäß Abs. 1; der neue Schuldner tritt neben den alten als Solidarschuldner. Das kann aber natürlich nicht nur unter den Parteien durch Abrede geändert werden, sondern es kann auch durch Einwilligung des Gläubigers

nach § 415 oder durch Vertrag des neuen Erwerbers mit ihm nach § 414 eine Entlassung des alten Schuldners eintreten, s. auch unten Nr. 7.

c) eine universelle, die eine Vielheit von Schulden mit einem Schlage umfaßt. Insoweit kann man mit den Mot. II S. 151 von einer Universalsukzession in die Passiva reden.

3. Die Haftung des neuen Erwerbers aus § 419 (anders wieder bei weitergehender, vertragsmäßiger Übernahme) ist eine **beschränkte, nach Abs. 2**: er haftet nur mit den Mitteln des Vermögens, „cum viribus patrimonii", nicht etwa auch persönlich bis zu seinem rechnerischen Gesamtbetrage (so auch Schollmeyer Nr. 3) und kann, wie ein Erbe nach § 1990/1, eine weitergehende Inanspruchnahme mit der Einrede der beschränkten Haftung ablehnen.

Maßgebend für die Haftungsgrenze ist dabei im allgemeinen der derzeitige Bestand der Vermögensmasse, nicht derjenige zur Zeit der Übernahme, nur unter Beseitigung der eingetretenen Konfusionswirkungen (§ 1991 Abs. 2); für die Zeit vorher ist der Übernehmer nach den in §§ 1991 in Bezug genommenen §§ 1978/9 wie ein Beauftragter den Gläubigern gegenüber berechtigt und verpflichtet.

Die Gläubiger gerade anteilsweise zu befriedigen, liegt ihm, guten Glauben vorausgesetzt, nicht ob; er kann sich vielmehr nach voller Auszahlung der einen den andern gegenüber auf die beschränkte Haftung berufen. Letztere mögen sich dann wegen des Restbetrages an den alten Schuldner halten.

4. **Kreis der berechtigten Gläubiger**: Die Haftung bezieht sich auf alle Gläubiger, die einen klagbaren Anspruch gegen den bisherigen Vermögensträger besitzen; das Vorhandensein einer Einrede schadet an sich nichts, nur kann sie der Übernehmer nach § 417 gleichfalls verwenden. Auch betagte Forderungen fallen unter das Gebiet der Vorschrift, Hellwig, Lehrb. S. 218, da sie immerhin schon Schuldverhältnisse darstellen, und selbst bedingte wird man wohl dahin rechnen dürfen: sie stellen bereits rechtlich geschützte Anwartschaften vor; der Grund für das möglicherweise entstehende Recht ist schon vorhanden, und der leitende Gedanke unserer Vorschrift trifft auf sie vollauf zu.

5. Wegen der **prozessualen Geltendmachung** der Haftungsschranke s. die ausführliche Darstellung bei Schollmeyer Nr. 3.

Was den **Beweis** anlangt, so muß (s. Rosenberg, Beweislast S. 137) der Übernehmer beweisen, daß das Vermögen nicht weiter reiche als er behauptet. Da er die Masse in Händen hat, ist er der Nächste zum Beweis; zu seiner Sicherung wird er zweckmäßig von vornherein ein amtliches oder privates Vermögensverzeichnis anfertigen lassen, das dann in der Regel als Grundlage für den zu führenden Beweis dienen kann.

6. Der § 419 bezieht sich sowohl auf die **Übertragung des ganzen Vermögens wie die einer bloßen Quote**. Auch die Rückbehaltung einzelner Stücke steht seiner Anwendung nicht entgegen; um das alles zu verdeutlichen, ist von der 2. Kommission das Wort „ganzes" vor Vermögen gestrichen, Prot. S. 428. S. dazu auch OLG. Bamberg bei Seuffert 60 Nr. 3 S. 5: Die Rückbehaltung einzelner Stücke schadet nichts, es sei denn, daß diese „einen im Verhältnis zu den übertragenen nicht unerheblichen selbständigen Teil des Gesamtvermögens bilden". So ist z. B. § 419 unanwendbar, wenn beim Gutsüberlassungsvertrag, auch wenn er übrigens unter § 419 fallen sollte, ein den Gutswert übersteigendes Erwerbsgeschäft zurückbehalten wird.

Andererseits schadet es der Anwendung der Vorschrift nicht unter allen Umständen, daß sich der Vertrag wörtlich nur auf bestimmte Sachen bezieht, sofern diese nach der Parteiabsicht und Lage des Falles als Repräsentanten des gesamten Vermögens, dessen Hauptbestandteile sie bilden, zu erachten sind. Daher wird der Gutsüberlassungsvertrag in der Tat häufig, vielleicht meistens, unter das Anwendungsgebiet des § 419 einbezogen werden dürfen. So auch Schollmeyer Nr. 2, Rehbein S. 434 mit Angaben aus der Preußischen Praxis.

Streitig ist die Anwendbarkeit des § 419 bei Übertragung einer relativ verselbständigten Sondervermögensmasse. Dagegen Planck zu § 736 Nr. 2 a. E. wegen der angeblich höchst „singulären" Natur des § 419, dafür aber Hellwig S. 397, Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit Aufl. 2 S. 49 Anm. 92. Dies mit Recht! § 419 ist nichts Singuläres, sondern eine angesichts des zu Nr. 1 gesagten als durchaus prinzipgemäß anzusehende, sozial notwendige und daher gerade von der Praxis von jeher begünstigte Regel. Sie kann daher in den genannten Fällen wegen

völliger Gleichheit des Grundes unbedenklich angewendet werden, so bei Übertragung des Vereins- und Gesellschaftsvermögens. Das wäre nur dann bedenklich, wenn § 419 als Folgerung aus der Universalsukzession in die Vermögensmasse zu denken wäre; er ist das aber keineswegs, da ja die vertragsmäßige Vermögensübernahme bekanntlich eine solche überhaupt nicht begründet; täte sie es, so wäre § 419 als selbstverständlich überflüssig gewesen.

7. Ist mit der Vermögensübernahme eine besondere Schuldübernahme nach §§ 414 oder 415 verbunden, so treten natürlich deren weitergehende Wirkungen ein.

Sechster Abschnitt.

Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

Vorbemerkung.

Literatur: Die bisherige s. bei Windscheid II § 292; dazu noch Eisele im ArchZivPrax. 77 374 ff., neuestens Binder, Die Korrealobligationen im römischen und heutigen Recht, 1899. Zum BGB.: Hruza im SächsArchBürgR. 5 1 ff., Oertmann in der ÖstGZ. 48 Nr 50–2, Binder aaO. S. 569 ff., R. Schott, Zession von Korrealobligationen, Diss. Breslau 1897.

Über die Begriffe der Teilbarkeit und Unteilbarkeit der Leistung s. namentlich Dernburg, Pand. II § 24 sowie die Monographien von Ubbelohde, Lehre von den unteilbaren Obligationen 1862, und G. Rümelin, die Teilung der Rechte, 1883.

1. **Teilbare und unteilbare Leistungen:** Es kann kommen, daß bei einer und derselben geschuldeten Leistung, sei es auf der Gläubiger-, sei es auf der Schuldnerseite, sei es von Anfang an, sei es infolge eines späteren Ereignisses, mehrere Personen beteiligt sind. Das dann eintretende Verhältnis gestaltet sich im bisherigen wie im neuen Recht verschieden, je nachdem die Leistung eine teilbare oder unteilbare ist. Den ersteren Fall regeln die §§ 420/30, den letzteren die §§ 431/2. Wo liegt die Grenze? Das BGB. bestimmt nichts darüber; es entscheiden darüber also allgemeine Erwägungen unter Benutzung der bisherigen Forschungen, s. dazu jetzt auch Kisch, Unmöglichkeit, S. 161 ff., Rehbein S. 411 ff., Crome § 115 a. E.

Maßgebend ist für die Unterscheidung im einzelnen Fall grundsätzlich zunächst die besondere Abrede (s. Kisch S. 161 ff., Rehbein S. 411 ff.); mangels einer solchen kommt es nicht sowohl auf formale Kriterien, sondern auf das Zweckmoment an: kann die Leistung unbeschadet ihres Wesens und Wertes in Teile zerlegt werden? Darüber entscheidet zuletzt nur der einzelne Fall; es kommen in Betracht die besonderen Verhältnisse der Personen, die besonderen Zwecke, denen das Schuldverhältnis zu dienen bestimmt ist (s. auch Kisch S. 164): so wird beim Verkauf einer Mehrheit alter Marken an einen Sammler, der dadurch ein Land oder eine Serie vervollständigen will, vielfach eine Unteilbarkeit anzunehmen sein, während bei einem sonst gleichartigen Verkauf an einen Händler eher das Gegenteil anzunehmen ist.

Doch lassen sich wenigstens gewisse im Zweifel maßgebende allgemeine Gesichtspunkte nach den verschiedenen Leistungsinhalten aufstellen:

a) Leistungen von Quantitäten (Sach- oder Handlungsmehrheiten: Geldsummen, zwanzig Droschkenfahrten oder Nachtwachen). Sie sind fast überall teilbar, weil dadurch die Individualität der Handlungseinheit nicht beeinträchtigt wird. So besonders bei Gleichartigkeit, möglicherweise aber auch bei Verschiedenartigkeit der Sach- oder Handlungseinheit (s. das obige Beispiel).

b) Leistungen der Rechtsverschaffung an einer speziell bestimmten Sache: sie sind im allgemeinen teilbar, weil ja auch die Sache selbst ideell teilbar ist, s. l. 54 pr. D.

45,1. Die Möglichkeit, daß der eine Schuldner nicht voll zu leisten Willens ist, kommt bei der heutigen Naturalexekution noch weniger in Betracht, als in Rom. A. A. für das heutige Recht Dernburg Pand. II § 24, Nr. 2, BürgR. II § 47, II, 1, Kaufmann S. 319 (wegen § 1011), Rehbein S. 445, wie hier Planck zu § 420 Nr. 2, Hellmann KrVJSchr. 41 247, Matthias S. 330, grundsätzlich auch Enneccerus S. 378 und Schollmeyer zu § 420 Nr. 3, die nur insofern Ausnahmen anerkennen, als die möglicherweise als Mittel der Übereignung dienende Besitzübertragung in gewissem Sinne als unteilbar behandelt werde (s. § 432).

Man kann den Gegnern zugeben, daß möglicherweise die Erlangung ideeller Anteile das Interesse des Gläubigers auch nicht teilweise befriedigt, aber daraus den von ihnen beliebten Schluß allgemein zu ziehen, geht zu weit und widerlegt sich schon durch die Möglichkeit, daß ein Anspruch von vornherein auf Überlassung nur des Miteigentums gehen kann. Härten beseitigt zudem die oben entwickelte individualisierende Betrachtung des Einzelfalles. Sollte selbst die Besitzübertragung unteilbar sein (s. unten d), so folgt daraus nichts für unsere Frage, da sie keineswegs notwendig zur Übereignung gehört (so nicht bei Immobilien, aber auch nicht bei Mobilien, s. §§ 929 Satz 2, 930, 931). Bei Ansprüchen auf Übertragung eines sonstigen Rechts kommt es darauf an, ob das Recht selbst teilbar ist oder nicht, was z. B. bei Grunddienstbarkeiten nicht der Fall ist, § 1025, Enneccerus aaO.

c) Leistungen einer gattungsmäßig bestimmten Sache: aus naheliegenden Gründen stets unteilbar.

d) Leistungen eines positiven Verhaltens: meist unteilbar, weil sonst die Einheitlichkeit der Ausführung und damit der Erfolg beeinträchtigt würde, s. l. 72 pr. D. 45,1. So auch OLG. Braunschweig in der BraunschwZeitschr. 50 130 (Neumann Jahrb. II S. 264). Ausnahmen sind möglich, z. B. bei einer nach Kilometern berechneten Karriolfahrt durch Norwegen. Körperliche Herausgabe (des Besitzes) einer Sache? In Rom unteilbar, für das BGB. folgern viele dasselbe aus § 432 Abs. 1 Satz 2, so Planck zu § 420 Nr. 2, ebenso Kisch bei Grünhut 29 540 und dort zitierte, dagegen Hellmann KrVJSchr. 41 247, im wesentlichen auch Schollmeyer aaO. Nun ist zweifellos richtig, daß das BGB. den Herausgabeanspruch grundsätzlich als einen unteilbaren erachtet, und daß in der Tat die physische Herausgabe einer Sache gewöhnlich nur ganz oder gar nicht erfolgen kann. Aber darum die Besitzübertragung als solche zu einem notwendig unteilbaren Akt zu machen, ist ein vorschneller Schluß, schon deshalb, weil sie sich keineswegs notwendig in einem physischen Herausgabeakt zu äußern braucht, s. z. B § 854 Abs. 2. Da ferner Mitbesitz möglich ist, muß auch eine Herausgabe von Sachen zu Mitbesitz möglich sein, z. B. in der Weise, daß einer den Besitz im Auftrage der andern und für sie gemeinsam erwirbt. Ja, es ist auch denkbar, daß der Besitzer die Sache einem andern anteilsweise zu Besitz überläßt, z. B. einen verschlossenen Garten unter Aushändigung eines der mehreren Schlüssel.

Es kann somit auch sehr wohl vereinbart werden, daß der Schuldner seiner Herausgabepflicht sukzessive, durch Herausgabe der Sache zum Mitbesitz an die mehreren Gläubiger, genügen dürfe.

Die Pflicht zur **Abgabe einer Willenserklärung** (z. B. zur Einwilligung in die Wandlung oder Minderung) dürfte dagegen unteilbar sein, s. RG. vom 17. II. 1902 in OLG. Rspr. V S. 25ff. (mit wenig durchsichtiger Begründung). Dasselbe gilt wohl von der Pflicht mehrerer Miteigentümer, die Befriedigung des Hypothekars aus dem Grundstück zu dulden, RGZ. S. V vom 19. II. 1902, Recht 02 149, Nr. 663.

e) Leistungen eines negativen Verhaltens: sie sind vom praktischen Standpunkt aus wohl überall unteilbar: ein halbes Unterlassen ist kein Unterlassen. A. A. freilich Windscheid § 253 No. 9. S. auch Wendt ArchZivPr. 92 76, der meint, bei Unterlassungen könne die Frage nach der Teilbarkeit gar nicht aufgeworfen werden; es trete vielmehr gegebenenfalls eine Vervielfältigung der Pflicht ein.

3. **Rechtsverhältnis bei teilbaren Leistungen**. Wie sich das Verhältnis bei den unteilbaren Leistungen gestaltet, ist zu §§ 431/2 auseinanderzusetzen. Hier ist nur von teilbaren die Rede.

Sind bei ihnen mehrere als Gläubiger oder Schuldner beteiligt, so ließ das bisherige Recht überall im allgemeinen eine Teilung von Recht oder Pflicht in eine entsprechende Zahl selbständiger kleiner Schuldverhältnisse eintreten („nomina sunt ipso iure divisa“). Dem folgt das BGB. § 420. Aber nicht minder sind überall Fälle anerkannt, wo eine andere Behandlung Platz greift: jeder der Beteiligten ist

Gläubiger oder Schuldner auf das Ganze, aber die Leistung an einen bezw. von einem läßt das gesamte Schuldverhältnis untergehen — Korrealität und Solidarität, „Gesamtschuldverhältnis" im Sinne des BGB. S. Bem. zu § 421.

Wann nun aber die Teilung der Schuld durch das Gesamtschuldverhältnis ersetzt wird, ist sehr verschieden geregelt. Namentlich in dem praktisch wichtigsten Fall, daß mehrere sich durch denselben Vertrag zu einer teilbaren Leistung verpflichten, stehen sich gegenüber das System des Römischen Rechts, wonach es mangels besonderer Abrede bei der Teilung verblieb, und das des Landrechts (I, 5, §§ 424 5) und Handelsrechts (Art. 280), die hier im Zweifel für Solidarität entschieden. Dem Römischen Recht folgten der Code Art. 1202, 1220 und das SächsGB., nicht minder auch Entw. I § 319. Dagegen Entw. II und BGB. § 427 haben sich hier — mit Recht — für eine Gesamtverpflichtung entschieden.

3. **Fälle der Gesamtschuldverhältnisse:** Abgesehen vom Fall des § 427 kommen Gesamtschuldverhältnisse auf der Passivseite vor:

a) bei Mehrheit der Bürgen, § 769.

b) bei Schulden aus unerlaubten Handlungen, §§ 823 ff.

c) in einzelnen anderen Fällen, die meist, aber nicht alle, einen deliktsähnlichen Charakter haben: §§ 42 Abs. 2, 53, 86, 88, 89 Abs. 2, 1833 Abs. 2, 2219; 54, 1108 Abs. 2.

d) bei Miterben § 2058.

e) bei Unteilbarkeit der Leistung, § 431.

f) überall bei besonderer Abrede.

Auf der Aktivseite finden sie sich viel seltener vor, nämlich fast nur bei besonderer Abrede. Einen Fall gesetzlicher Entstehung bietet § 2151 Abs. 3, s. auch § 2194. Bei der Erbenmehrheit und bei Unteilbarkeit der Leistung ist hier das Verhältnis anders gestaltet, s. Bem. 5 b. Der von Hellwig, Verträge S. 313 angeführte Fall des Vertrages zu Gunsten dritter gehört schwerlich hierhin, s. Bem. 2 zu § 335, ebensowenig (aus entsprechenden Gründen) § 525 Abs. 2. Andere problematische Fälle bei Hellwig, Anspruch S. 194. Eher wohl der von Kohler (Encyklopädie I S. 664) erwähnte Fall, daß zwei Leute dieselbe Leistung fordern können, sodaß aber der Erstkommende den Anspruch des andern ausschließt. So in gewissem Sinne, wenn A das Inhaberpapier, B den Erneuerungsschein in Händen hat, s. § 805.

4. **Wesen der Gesamtschuldverhältnisse:** Nach der herrschenden Lehre des GR. (seit Keller und Ribbentrop) sind unter den Gesamtschuldverhältnissen zwei wesentlich verschiedene Klassen zu sondern: die der Korrealität, beruhend auf der Gemeinsamkeit des begründenden Rechtsgeschäftes, und der (bloßen) Solidarität, beruhend nur auf der objektiven Gemeinsamkeit des Zweckes. Im ersteren Fall soll nur ein Schuldverhältnis vorliegen mit Mehrheit subjektiver Beziehungen, im letzteren dagegen eine Vielheit an sich selbständiger Schuldverhältnisse. Indes ist gerade diese einst herrschende Formel neuerdings meist fallen gelassen (Dernburg, Mitteis), ja man hat mit gewichtigen Gründen die ganze Unterscheidung, wenigstens im herkömmlichen Sinne, abgelehnt: für alle Fälle nämlich, wo die verschiedenen Berechtigungen oder Verpflichtungen auf demselben Entstehungsgrunde beruhen: Vertrag, Delikt oder was es sonst sein mag (Eisele aaO.) oder gar überhaupt (Binder). Den Partikularrechten und anderen neueren Gesetzbüchern ist sie fast durchaus fremd, namentlich dem Landrecht (I, 5, §§ 450 ff.), dem Code (Art. 1197 ff.), dem Österreichischen und selbst dem Sächsischen Gesetzbuch (§§ 1019 38). Ihnen folgt nun auch das BGB., indem es für alle Fälle unterschiedslos von „Gesamtgläubigern" bezw. „Gesamtschuldnern" redet. Der Ausdruck „Gesamtschuldverhältnis" selbst kommt, da man ihn für „entbehrlich" (?) hielt (Prot. S. 433), im Gesetze nicht vor.

5. **Ähnliche Verhältnisse:** Vom eigentlichen Gesamtschuldverhältnis sind aber trotzdem auch nach dem BGB. wohl zu scheiden drei in wesentlichen Punkten davon verschiedene Verhältnisse:

a) Die **Akzessorietät.** Zu der Hauptverpflichtung des einen tritt sofort oder nachträglich die Nebenverpflichtung des andern hinzu, s. dazu Binder aaO. S. 130 ff., Schollmeyer, Vorbem. Nr. 3. Fälle dieser Art sind nach dem BGB.:

α) die Verpflichtung des Bürgen neben der des Hauptschuldners, §§ 767, 768, 770.

β) diejenige des kumulativen Schuldübernehmers neben dem alten Schuldner, § 419 in Verbindung mit § 417, für den Erbschaftskauf § 2382.

γ) Möglicherweise ist dahin auch die Pflicht des Untermieters nach § 556 Abs. 3 zu zählen (Worte: „auch von dem Untermieter"); s. dazu Stammler, Einrede aus dem Rechte eines Dritten, 1900, S. 44.

Der Unterschied vom gewöhnlichen Gesamtschuldverhältnis liegt darin, daß nicht die Verpflichtungen der mehreren in ihrer Existenz von einander unabhängig sind, daß vielmehr Gültigkeit und Tragweite der Nebenverpflichtung derjenigen der Hauptverpflichtung folgt, nicht aber auch umgekehrt. Daher kann nach den zitierten §§ der Bürge bezw. Schuldübernehmer die Einreden des Schuldners verwerten. S. Stammler aaO. S. 52.

Auf der Aktivseite kommt ein Ansatz zur Akzessorietät vor beim Vertrag zu Gunsten dritter, indem das Recht des dritten denselben Einwendungen aus dem Vertrage, wie das des Versprechensempfängers, ausgesetzt ist, § 334; aber sie ist hier im übrigen nicht durchgeführt.

b) Die **Gemeinsamkeit der Berechtigung bezw. Verpflichtung** („Gesamtberechtigung"). Das Recht kann nur von allen bezw. gegen alle gemeinsam ausgeübt werden. In dieser Weise war vom Landrecht die aktive Solidarität ausgestaltet worden. Das BGB. kennt eine solche Art der Berechtigung vorzugsweise in den Fällen der sog. gesamten Hand, namentlich bei der Gesellschaft, s Bem. zu § 718, und, nicht so entschieden ausgestaltet, bei der Gemeinschaft und beim Verhältnis der Miterben, endlich auch bei Unteilbarkeit der Leistung, § 432.

Dazu kommen einige besondere Fälle, in denen ein mehreren zustehendes Recht nur gemeinsam ausgeübt werden kann, nämlich nach §§ 356, 474, 502, 513.

Auch auf der Schuldnerseite kommt Entsprechendes vor, daß zur Leistung die Mitwirkung aller erforderlich ist: besonders im ehelichen Güterrecht, auch wohl in anderen Fällen der gesamten Hand. Ähnlich ist der Fall, daß mehrere Schuldner sich verpflichtet haben, durch gemeinsame Tätigkeit einen Erfolg herbeizuführen, den das vereinzelte Handeln des einen oder andern nicht herzustellen vermocht. So, wenn eine Arbeiterkolonne sich zu einer gemeinsamen Arbeit für einen Neubau verpflichtet. Wird hier einem die Mitwirkung unmöglich oder gerät er in Verzug, so muß das allen gegenüber wirken, wenigstens soweit nun die Ausführung überhaupt unmöglich oder verspätet wird; § 425 bleibt alsdann außer Anwendung. S. dazu v. Schulz-Schalhorn, Das Gewerbegericht Berlin, S. 200—1.

Die Existenzberechtigung der ganzen Rechtsfigur ist neuestens bestritten durch Jörges zu b (ZHR. 49 180) von dem — auch von anderen, wie Binder (s. unten bei §§ 795 ff.) — geteilten Standpunkt aus, daß in den Fällen der Gesamthand nicht die Zuständigkeit des Rechts, sondern nur die der Verfügung des einzelnen entzogen sei. Die Richtigkeit dieser Behauptung ist hier noch nicht zu prüfen; keinenfalls beweist sie für unsere Frage, was sie beweisen soll. Denn schon die Entziehung der Einzelverfügung und -ausübung macht die Aufstellung einer besonderen Gruppe notwendig. Wie hier Schollmeyer Nr. 2c, Cosack § 119 a. E.

c) Die **„unechte Solidarität"**, wie sie Eisele aaO. gegenüber der echten nennt. Es sind die Fälle, wo die Leistungspflicht der mehreren nicht auf demselben Entstehungsgrunde („derselben causa") beruht, sondern wo nur mehreren ganz unabhängig von einander entstandenen Schuldverhältnissen der Zweck gemeinsam ist, sodaß mit der Befriedigung des einen auch die andern wegen Erreichung ihres Zweckes wegfallen. Bsp.: Ansprüche gegen mehrere Versicherer; gegen den Versicherer einer-, den Brandstifter andererseits; gegen die Lieferanten, von denen mich jeder durch seine Zögerung an der rechtzeitigen Benutzung meines Hauses hindert. Das BGB. erwähnt sie nicht besonders, aber es ist mit Eisele S. 478, 486 darum doch ihre begriffliche Selbständigkeit anzuerkennen: es paßt darauf weder der Name „Gesamtschuldverhältnis", noch sind alle Regeln der §§ 420 ff. ohne weiteres anwendbar, wenn sie auch im Zweifel darauf erstreckt werden müssen. Für eine derartige Unterscheidung, die er durch die zwingende Logik der Verhältnisse geboten erachtet, auch schon Jhering in seinen Jahrb. **24** 186; Hartmann, im ArchZivPrax. 73 397, neuestens ebenso Crome § 206 Nr. 3 („unvollkommene Gesamtschuldverhältnisse"), Enneccerus S. 566 („einfache Solidarität"), Binder S. 563 („Solidarität im weiteren Sinne") Kuhlenbeck-Staudinger Nr. IV 6, Oertmann, Vorteilsausgleichung, S. 123 ff., 293 ff. Aus ähnlichen Gründen hat auch die frühere französische Praxis der Uniformierung des Code zum Trotz neben der solidarité parfaite eine imparfaite ausgebildet, s. dazu

Crome-Zachariä II S. 227 No. 4. Anders für BGB. Hruza aaO. S. 6, Dernburg §§ 160, V, 163, IV, weil das Gesamtschuldverhältnis nicht Einheit des Entstehungsgrundes fordere.

Anwendungsgebiet und Behandlung dieser Rechtsfigur sind schwierig und noch wenig durchforscht; insbesondere fragt sich, wieweit die Einzelfälle einer einheitlichen Beurteilung fähig seien.

Hier ist nur zu bemerken:

α) Keinenfalls läßt sich der Satz des § 422 Abs. 1 ohne weiteres auf die „unechten Solidarschulden" anwenden. So befreit die Leistung des Vertragsschuldners im Fall des § 255 nicht den Deliktsschuldner, da andernfalls der Gläubiger nicht, wie dort ausgesprochen, jenem den Anspruch gegen diesen abtreten könnte, s. dazu Oertmann Vorteilsausgleichung S. 294. Andrerseits befreit die Leistung des Delikts- den Vertragsschuldner ohne Regreßmöglichkeit, s. schon 1. 22 C 6, 2. § 255 greift hier nicht Platz, Oertmann aaO. und oben zu § 255, und für eine Anwendung des § 426 ist hier offenbar kein Raum, da es unmöglich von der Priorität der Inanspruchnahme des einen oder andern Schuldners abhängen kann, in welcher Weise die Ersatzpflicht endgültig von ihnen zu tragen ist.

Das gilt auch für das Verhältnis des Versicherers zum sonstigen Ersatzschuldner, Oertmann S. 295, anders Binder S. 563 ff., der hier jede, auch unechte, Solidarität leugnet und jenem nur kraft besonderen Vertrages, nicht nach § 255, ein Recht gegen den Versicherten auf Abtretung der anderweiten Ersatzansprüche gewährt.

β) Auch der Erlaß des Anspruches gegen den Vertragsschuldner wirkt, anders als nach § 423, nicht für den Deliktsschuldner, wohl aber umgekehrt, da andernfalls dem ersteren die Sicherung durch § 255 vom Gläubiger mit Leichtigkeit entzogen werden könnte

γ) § 423 ist auf unsere Fälle schwerlich anwendbar.

δ) Dasselbe gilt von § 426; jedenfalls wird seine Anwendung durch den mit ihm unvereinbaren § 255 für dessen Gebiet zurückgedrängt.

Ob im übrigen § 426 für die „unechte Solidarität" Platz greifen kann, bedarf noch weiterer Untersuchung, s. dazu auch Nr. 2d zu § 426. Wenn das RG. ZS. VI vom 29. V. 1905, DJZ. 05 813—4, den Regreß in einem Fall angenommen hat, wo bei einem Betriebsunfall mehrere Eisenbahnen beteiligt waren, so geschah das unter der zutreffenden Annahme eines wahren Gesamtschuldverhältnisses auf Grund von HaftpflG. § 1; für die vom RG. dabei anerkannte Kategorie der „unechten Solidarität" nimmt das Erkenntnis geradezu das Gegenteil an.

ε) Möglicherweise steht dem einen der unechten Solidarschuldner die Einrede der Vorausklage zu, s. über diesen zweifelhaften Punkt Oertmann aaO. S. 295.

§ 420.

Schulden mehrere eine teilbare Leistung oder haben mehrere eine teilbare Leistung zu fordern, so ist im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Anteile verpflichtet, jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Anteile berechtigt.

E. I 320, E. II 363, RV. 414. — Mot. S. 153—54, Prot. S. 430.

S. Vorbem. Nr. 1, 2. — Der Gegensatz zu der hiernach im Zweifel gleichen Teilberechtigung oder -verpflichtung ist nicht nur das Gesamtschuldverhältnis, sondern auch die Teilberechtigung (-verpflichtung) zu ungleichen Quoten.

Soweit die Teilung von Recht und Pflicht reicht, geht den einzelnen Beteiligten die Beteiligung der andern nichts an; er braucht sich daher an sich auch aus der den anderen Mitbeteiligten obliegenden Teilverpflichtung bei Geltendmachung seines Anspruches nicht etwa die Einrede eines Zurückbehaltungsrechtes oder des nicht erfüllten Vertrages entgegensetzen zu lassen. Doch macht davon § 320 Abs. 1 Satz 2 eine Ausnahme, kraft deren beim gegenseitigen Vertrag der Kläger den dem Kläger gebührenden Teil der Leistung solange verweigern kann, bis die ganze Gegenleistung bewirkt wird. Dies offenbar nicht nur, wenn der Kläger auf diese als Gesamt-, sondern wenn er dafür (etwa trotz § 427 kraft besonderer Abrede) nur als Teilschuldner haftet, da andernfalls die Vorschrift selbstverständlich wäre, so auch Goldmann-Lilienthal S. 459, Fischer-Henle zu § 320 Anm. 4, anders Dernburg

§ 162 Anm. 7. Ihm ist nur dahin Recht zu geben, daß in den fraglichen Fällen wohl meist nur eine äußerliche Verbindung mehrerer selbständiger Geschäfte vorliegen und alsdann die Vorschrift unanwendbar sein wird.

§ 421.

Schulden mehrere eine Leistung in der Weise, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teile fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet.

E. I 321[1], E. II 364, RB. 415. — Mot. S. 154—6, Prot. S. 433.

1. S. Vorbem., namentlich Nr. 4/5. Die §§ 421/7 reden nur von **Gesamtschuldnern**; erst §§ 428/9 von den **Gesamtgläubigern**. Es handelt sich dabei nach der für das neue Recht fast allgemein anerkannten Auffassung (s. besonders Binder S. 569 unter siegreicher Polemik gegen R. Schott) überall um eine Mehrheit von Schuldverhältnissen, die aber Entstehungsgrund und Zweck gemeinsam haben. Die Folge ist, daß die Ungültigkeit der Verpflichtung des einen diejenige der Verpflichtung des andern an sich nicht zur Folge hat, falls nicht derselbe Grund bei dieser obwaltet oder ein solches Abhängigkeitsverhältnis besonders bedungen ist. Ebenso kann die Verpflichtung des einen bedingt oder befristet sein, ohne daß das Einwirkung auf die des andern ausübte. E. I § 322, der das besonders bestimmt hatte, ist als entbehrlich gestrichen. Anders beim akzessorischen Schuldverhältnis, Vorbem. Nr. 5a.

Eine besondere Auffassung vertritt neuestens Kuhlenbeck bei Staudinger, Vorbem. II A, der im Anschluß an die bedeutsamen rechtshistorischen Forschungen v. Amiras Einheit der Schuld bei Mehrheit der Haftungen annimmt. Diese Idee ist möglicherweise fruchtbar und verdient nähere Untersuchung.

2. Beim Gesamtschuldverhältnis kann der Gläubiger jeden auf das Ganze belangen; er kann auch den Anspruch teilen oder alle zusammen verklagen. Ein beneficium divisionis, wie es Justinian in Nov 99 einführte, ist, nach dem Vorbild der anderen modernen Gesetzbücher, namentlich des Landrechts und des HGB. Art. 281, auch dem BGB. — mit Recht — völlig fremd.

3. Die **Ausklagung** des einen sowenig wie seine **Verurteilung** befreien als solche die andern; eine solche Wirkung hat vielmehr nach Satz 2 nur die Befriedigung (nebst den nach § 422/3 ihr gleichgestellten Akten). Dies entspricht auch dem jüngsten Römischen Rechte, während bis zu Justinian bekanntlich die litis contestatio mit einem Korrealschuldner die andern befreite.

Teilweise Leistung des einen wirkt für die andern, soweit sie reicht; übrigens bleiben diese gesamtschuldnerisch verpflichtet.

4. Wegen des Falles des Konkurses s. KO. § 68.

§ 422.

Die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner. Das Gleiche gilt von der Leistung an Erfüllungsstatt, der Hinterlegung und der Aufrechnung.

Eine Forderung, die einem Gesamtschuldner zusteht, kann nicht von den übrigen Schuldnern aufgerechnet werden.

E. I 329—31, E. II 365, RB. 416. — Mot. S. 161—4, Prot. S. 435.

1. **Die Unterscheidung zwischen den objektiv und den nur subjektiv wirkenden Befreiungstatsachen** beim Gesamtschuldverhältnis entspricht dem bisherigen Rechte und der Natur der Sache, §§ 422/4 handeln von den ersteren, § 425 von letzteren. Es gehören laut § 422 zur ersten Klasse:

a) **Erfüllung.** §§ 362 ff.; natürlich auch, wenn von einem dritten vollzogen, obwohl der § 422 davon nicht besonders redet.

b) **Leistung an Erfüllungsstatt.** § 364; zweifelhaft ist dabei, ob die andern auf ein an Erfüllungsstatt gegebenes **Versprechen** (§ 364 Abs. 2) sich nur berufen können, wenn auch sie es zu erfüllen bereit sind, oder schlechthin. Für jene Einschränkung Aufl. 1, dagegen Schollmeyer Nr. 1b, Planck Nr. 1 Abs. 1, wohl mit Recht. Denn nimmt der Gläubiger von einem Schuldner das Versprechen wirklich an Erfüllungsstatt an, so wird dadurch notwendig das alte Schuldverhältnis ganz aufgehoben. Immerhin dürfte häufig die Absicht dahin gehen, daß das neue Versprechen nur dann als Erfüllung gelten soll, wenn die anderen Schuldner ihm beitreten; vielfach ist diese Einschränkung selbst als stillschweigend beigefügt zu unterstellen. So richtig Berndorff, Hingabe an Erfüllungsstatt S. 41.

c) **Hinterlegung.** §§ 372 ff.

d) **Aufrechnung.** §§ 387 ff. Jeder Schuldner kann mit dem aufrechnen, was er, aber nach Abs. 2 nicht, was einer der andern vom Gläubiger zu fordern hat, entsprechend dem für die Aufrechnung geltenden Erfordernis der Gegenseitigkeit der Forderungen. Das entspricht auch dem Landrecht nach der herrschenden Lehre (Dernburg, Privatrecht II § 49 No. 10) und dem Code Art. 1294, während im Gemeinen Recht (l. 10 D. 45,2 jeder auch mit der Gegenforderung des andern correus socius kompensieren konnte. Auch der Bürge kann nicht aufrechnen mit der Forderung des Hauptschuldners, bekommt aber ihretwegen eine Einrede nach § 770 Abs. 2, s. dazu auch RG. Bd. 53 Nr. 100 S. 404 und unten bei § 770.

Auf die von einem andern bereits vollzogene Aufrechnung kann sich natürlich ein jeder Gesamtschuldner berufen.

Die vertragsmäßige Aufrechnung wirkt der gesetzlichen gleich.

2. Wenn die in § 422 genannten Akte für alle Gesamtschuldner wirken, so heißt das nicht, daß sie dadurch völlig befreit würden. Nur dem Gläubiger gegenüber werden sie frei; indem aber dessen Anspruch nach § 426 im Umfang des etwaigen Rücktrittsrechtes auf den Zahlenden übergeht, tritt eine absolute Befreiung der Gesamtschuldner nur insoweit nach § 422 ein, als ein solches nicht besteht, s. darüber Bem. zu § 426.

§ 423.

Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlaß wirkt auch für die übrigen Schuldner, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten.

E I 332, E II 366, RV. 117. — Mot. S. 164—6, Prot. S. 435—6.

1. Der **Erlaß** wirkte in Rom als acceptilatio objektiv, als bloßes pactum de non petendo bald objektiv, bald subjektiv, je nach der Parteiabsicht Das ist nach Wegfall jenes Formalaktes heute überall der Fall, und dem folgt auch das BGB. Es läßt den Erlaß — und ebenso natürlich auch das etwaige bloße Versprechen, die Schuld nicht geltend zu machen — nur zu Gunsten des einzelnen Schuldners wirken. Er enthält als solcher weder materielle Tilgung, noch kann er derselben im Sinne der Kontrahenten ohne weiteres gleichgestellt werden. Objektiv wirkt er nur kraft einer dahingehenden ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Absicht (etwa bei Herausgabe der gesamten Schuldokumente; Quittierung wegen „des gesamten Betrages").

2. Den **Beweis** einer so weitgehenden Absicht muß der Schuldner führen, der sich darauf beruft. Das ergibt sich aus der allgemeinen Beweispflicht für rechtsaufhebende Tatsachen, aber auch aus dem Wortlaute.

3. Hat ein Schuldner **Aufwendungen** gemacht, um vom Gläubiger den Erlaß zu erlangen, so hat er deshalb zwar nicht den Rückgriff aus § 426 — denn er hat ja nicht eigentlich „befriedigt". Aber er kann mit dem Geschäftsführungs- (§ 683), eventuell mit dem Bereicherungsanspruch (§§ 684, 812 ff.) gegen die anderen vorgehen. S. Hruza, S. 39. Nur, wenn die Aufwendungen eine Leistung an Erfüllungsstatt darstellen, greift § 426 durch. Anders Schollmeyer Nr. 2, der § 426 auch darüber hinaus verwerten will, da der Erlaß ein Befriedigungsbekenntnis enthalte. Aber er ist darum doch keine Befriedigung; liegt diese vor, so stellt der angebliche „Erlaß" nur einen Beweis für die anderweit schon eingetretene Schuldtilgung dar, und der Schuldner

kann sich dann freilich auf diese zur Begründung seines Rückgriffs aus § 426 berufen; aber nie auf den Erlaß als solchen.

4. **Der subjektiv wirkende Erlaß** befreit natürlich den Begünstigten den andern gegenüber nicht von der Haftung aus § 426. Es kann aber darin ein Versprechen des Gläubigers liegen, jenen auch den Mitschuldnern gegenüber von seiner Schuldquote zu entbinden; treibt er dann doch von den andern soviel ein, daß diese einen Rückgriff erlangen, d. h. mehr als ihren internen Haftungsanteil, so macht er sich dem Vertragsgegner verantwortlich. S. Mot S. 165.

5. **Ähnliche Akte:** Nicht als solche, sondern nur kraft und nach Maßgabe des darin liegenden Erlaßwillens wirken mangels besonderer Erwähnung:

a) die translative Schuldübernahme, §§ 414, 415. Daß im Falle von § 414 die objektive, von § 415 die bloß subjektive Wirkung im Zweifel näher liegt, bemerkt mit Recht Planck Nr. 3. Schollmeyer Nr. 4 und Binder S. 592 lassen die Schuldübernahme nach § 415 als solche stets nur subjektiv wirken, ebenso im Zweifel Staudinger Nr. 3. Aber kann in dem mit einem Schuldner geschlossenen Schuldübernahmevertrag nicht auch ein (liberatorischer) Vertrag zu Gunsten dritter gefunden werden? — Auch die Novation, soweit noch vorkommend, wirkt nicht als solche objektiv, da sie kein Zahlungssurrogat ist, Schollmeyer zu § 422 Nr. 2 a. E. Vielmehr dürften darauf die Sätze des § 423 entsprechend anwendbar sein.

b) der Vergleich. Soweit dieser freilich reale Befriedigung enthält, wirkt er notwendig objektiv nach § 422; soweit er dagegen Erlaß darstellt, nur kraft des Umfanges des darin liegenden Erlaßwillens. Ist freilich für den Erlaß eine reale Abfindung gemacht, die nicht in einem Teile der Schuldsumme besteht, so wird sich der Gläubiger ihren Wert wohl schlechthin auch den andern Schuldnern gegenüber anrechnen lassen müssen; ist jene erst versprochen, dann dürfte diese Anrechnungspflicht und überhaupt die Wirkung des Vergleiches für die andern aber dadurch bedingt sein, daß sie dafür das Versprechen zu erfüllen bereit sind. S. auch Oertmann, Der Vergleich im Gem. Zivilrecht, 1895, S. 154/6. Anders teilweise Schollmeyer Nr. 3, der mit Ausnahme des darin enthaltenen Erlasses den Vergleich stets nur subjektiv wirken läßt. Er gibt aber die Möglichkeit zu, daß der Erlaßwille bloß bedingt erklärt sein könne durch Übernahme der vergleichsweise übernommenen Verpflichtungen seitens der andern Schuldner. Das unterscheidet sich von der hier vertretenen Auffassung nur dadurch, daß m. E. diese Verknüpfung auch ohne besondere Abrede als im Zweifel selbstverständlich unterstellt werden kann. Wie hier Planck Nr. 2. Über den Zwangsvergleich s. § 193 KO.

c) die Quittung wirkt nicht als solche, schafft aber ein Beweismittel und wird häufig ein Indiz für den absoluten Erlaßwillen abgeben.

6. Der Erlaß der Hauptschuld vernichtet natürlich auch die Bürgschaftsschuld, während derjenige der letzteren an sich stets nur auf sie einwirkt.

§ 424.

Der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner.

E. I 326², E. II 367, R.V. 418. — Mot. S. 159, Prot. S. 436.

1. Der § 424 enthält eine die entgegengesetzte Satzung des Entw. I abändernde Neuerung der 2. Kommission, die sich daraus rechtfertigt, daß der objektiven Wirkung der Erfüllung auch eine solche des Erfüllungsangebotes entspricht, sowie daß es hier am Gläubiger liegt, wenn er nicht befriedigt und somit die andernfalls eingetretene Befreiung aller Schuldner hintangehalten ist, s. Rehbein S. 453. Die Norm dürfte übrigens auch dem Gem. Recht entsprechen.

Es treten danach die Wirkungen der §§ 300/4 und 372 ff. — Beschränkung der Haftung, Recht zur Hinterlegung, zum Selbsthilfeverkauf — auch für die andern Schuldner ein.

2. Wie steht es mit **Beendigung des Verzuges?** Erklärt der Gläubiger nachträglich einem der Schuldner die Annahmebereitschaft, so fragt es sich, ob dadurch der Verzug auch gegenüber den andern aufhöre, nicht nur gegenüber jenem. Dafür Aufl. 1, ebenso Rosenberg, Iherings Jahrb. 43 297, Türcke Nr. 3. Dagegen aber die herrschende Lehre, sie läßt nur dem Erklärungsempfänger gegenüber den Verzug

aufhören, übrigens diesen fortbestehen. So Dernburg II, § 162, II, 8, Eck-Leonhard S. 422, Matthiaß S. 476, Planck Nr. 1a. Vermittelnd Rehbein S. 453, Mayring-Staudinger Nr. 3 (anders jetzt Kuhlenbeck, Aufl. 2, der Planck folgt) und Hellmann, KrVJSchr. 41 247—8: Der Verzug soll gegenüber allen bestehen bleiben, wenn die Annahmebereitschaft gegenüber einem andern als dem ursprünglich anbietenden Schuldner, gegenüber allen aufhören, wenn sie gegenüber dem letzteren erklärt ist. Noch anders Schollmeyer Nr. 3 und Kremer, Mitbürgschaft 1902, S. 83 ff., 101 ff.; Erklärung der Annahme gegenüber dem Anbietenden wirkt objektiv, gegenüber einem andern wenigstens subjektiv.

Es ist zu sagen:

a) Keineswegs setzt das Angebot des einen Hauptschuldners den Gläubiger auch gegenüber dem andern in Verzug, vielmehr können diese sich nur auf den für jenen eingetretenen Verzug berufen. Ist er also durch Erklärung der Annahmebereitschaft für ihn erloschen, so hört auch seine Wirkung für die andern, als bloßer Reflex, auf.

b) Dagegen kann die Annahmebereitschaft gegenüber einem andern den Annahmeverzug gegenüber dem, der ihn durch sein Angebot begründet hatte, nicht beseitigen; sie beseitigt höchstens die Wirkungen gegenüber dem Erklärungsgegner, aber nicht die Ursache dieser Wirkungen. Sie dagegen auch dem Erklärungsgegner gegenüber unwirksam sein zu lassen, erschiene bedenklich und bewirkte das wundersame Ergebnis, daß zwischen dem Gläubiger und demselben Schuldner zugleich Annahme- und, soweit die Erklärung auch eine Mahnung darstellt, Leistungsverzug bestehen würde! Es scheint vielmehr als allein angemessen, daß der gemahnte Schuldner sich auf die in § 424 ausgesprochene Reflexwirkung des für einen andern begründeten Annahmeverzuges nicht mehr berufen kann. Ich trete somit der Mittelmeinung von Kremer und Schollmeyer bei.

§ 425.

Andere als die in den §§ 422 bis 424 bezeichneten Tatsachen wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten.

Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzuge, dem Verschulden, von der Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners, von der Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung, von der Vereinigung der Forderung mit der Schuld und von dem rechtskräftigen Urteile.

E. I 325—7, E. II 368, R.V. 419. — Mot. S. 159—61, Prot. S. 437—9.

1. Der § 425 stellt statt einer bloßen Kasuistik einfach den Satz auf, daß alle anderen Tatsachen, als die in den vorigen §§ geregelten grundsätzlich, vorbehaltlich der an erster Stelle zu beachtenden Besonderheit des Einzelfalls (Binder S. 573 ff., unten Nr. 2) nur subjektiv wirken. Bloß beispielsweise werden in Abs. 2 einzelne besonders bedeutsame in dieser Richtung aufgezählt, zum Teil im Gegensatz zum bisherigen Recht. Es sind:

a) die **Kündigung**, s. §§ 130 ff., 199 und Bem. dazu.

b) der **Leistungsverzug**, s. §§ 284 ff.; seine Wirkung war im GR. streitig: für die subjektive die herrschende Lehre wegen l. 32 § 4 D. 22, 1, neuestens Eisele, ArchivZivPrax. 84 295; für die objektive Dernburg Pand. II, § 73, No. 6. Ebenso das Landrecht (I, 5 § 438) und Entw. I. Sind gegenüber allen die positiven Voraussetzungen erfüllt, so wirkt der Entlastungsbeweis aus § 285 natürlich nur für den Beweisführer.

Zu bemerken ist noch:

α) Natürlich kann jeder andere Gesamtschuldner den in Verzug geratenen von den weiteren Verzugsfolgen befreien, indem er dem Gläubiger den Schuldbetrag anbietet. Und zwar genügt der ursprüngliche Betrag, ohne Rücksicht auf die Erweiterungen infolge des Verzugs. Denn da der Anbietende nach § 425 diese nicht schuldet, braucht er sie auch nicht mit anbieten, ihretwegen verbleiben dem Gläubiger lediglich Ansprüche gegen den Säumigen. So mit Recht Endemann § 154 Anm. 24.

β) Ist infolge des Verzuges ein Rücktrittsrecht gegenüber dem Säumigen entstanden, so kann es wegen seiner Unteilbarkeit (s. § 356) nicht nur gegen den Säumigen, sondern entweder gegen alle oder gar nicht ausgeübt werden. Gegen die erste Alternative spricht § 425, für die zweite die Analogie des § 356. Es bleibt daher nur die Möglichkeit, zunächst auch die andern in Verzug zu setzen und dann gegenüber allen zurückzutreten. Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung dagegen kann von vornherein gegen den Säumigen verfolgt werden, während die andern noch die alte Leistung schulden und nur durch die Ersatzleistung des einen befreit werden. Von einer objektiven Verzugswirkung (so Endemann aaO.) ist in den genannten Fällen überall keine Rede.

c) das **Verschulden**, s. §§ 276ff. Es wirkte gemeinrechtlich nach der herrschenden und richtigen Lehre objektiv, a. A. Windscheid § 295 No. 13, ebenso im Code Art. 1205, während das Landrecht (I, 5, § 438) und das SächsBG. (§§ 1009, 1031, 1316) das entgegengesetzte Prinzip annahmen. Ihnen folgt das BGB. Danach haftet also nicht der Schuldner auf Schadensersatz, wenn die Leistung durch ein vertretbares Verhalten eines andern Schuldners unmöglich gemacht oder verschlechtert wird. Wohl aber kann er gegebenenfalls auf die dadurch etwa entstandene ungerechtfertigte Bereicherung haften, ebenso auf Abtretung der Ersatzansprüche nach § 281.

Zu bemerken ist dabei noch:

α) Möglicherweise hat der Schuldige zugleich als Gehilfe der andern gehandelt, alsdann haften für sein Tun auch diese nach § 278, s. Kipp-Windscheid S. 205—6, OLG. Braunschweig in Rspr. IX S. 4.

β) War zu Anfang eine unmögliche Leistung versprochen, die nur einer als solche kannte oder kennen mußte, so haftet nur er, Kipp aaO.

γ) Zweifelhaft ist die Bedeutung eines mitwirkenden Gläubigerverschuldens nach § 254. S. dazu Cohn bei Gruchot 43 384ff. Daß es, wenn die ganze Leistung unmöglich machend, objektiv wirke, wird nicht bezweifelt werden können. Übrigens neigt Cohn zur Anerkennung einer bloß subjektiven Wirkung, obwohl er zugibt, daß § 425 den Fall nicht treffe. M. E. ist, vorbehaltlich einer Beachtung der Besonderheiten des Einzelfalls, für die objektive Wirkung zu entscheiden, und zwar nach Analogie des § 424: wirkt dort sogar das möglicherweise schuldlose Verhalten des Gläubigers dem einen Schuldner gegenüber für die andern, so wird es bei dem schuldhaften nicht wohl anders sein können. Andernfalls würde dem ersten Schuldner die Wohltat des § 254 ganz entzogen: Denn könnte der Gläubiger die Leistung nun von den andern eintreiben, so würde jener auf dem Wege des Rückgriffs nach § 426 doch noch auf seinen internen Haftungsanteil herangezogen werden können. Gestattete man ihm aber auch dem Rückgriffsanspruch gegenüber die Berufung auf die nach § 254 eingetretene Befreiung, so würde dadurch das Ergebnis herbeigeführt, daß der Gläubiger durch sein Verschulden gegenüber dem einen Schuldner die Haftungsanteile der andern vergrößern könnte. Das sind unannehmbare Folgerungen, die das Prinzip als verfehlt erweisen.

d) **subjektive Unmöglichkeit** der Leistung (sonst **Unvermögen** genannt), § 275 Abs. 2 (objektive wirkt natürlich gesamtzerstörlich, nur unter Vorbehalt der Ansprüche zu c). Die Frage, ob sie auf vertretbarem Verhalten des einzelnen Schuldners beruht, ist nur für dessen etwaige Ersatzpflicht interessant, nicht für die Haftung der andern.

e) **Verjährung**, §§ 194ff. Sie wirkt gemäß § 425 nur auf den Anspruch gegen den Schuldner, dem gegenüber ihre Voraussetzungen erfüllt sind. Umgekehrt wirkt auch ihre Unterbrechung nur zur Erhaltung des (vollen) Anspruchs gegen den, dem gegenüber die Ausübungshandlungen vorgenommen sind. Dies entspricht zwar der Wechselordnung Art. 80, widerstreitet aber dem Gemeinen Recht (l. 4 C. 8, 39), dem Landrecht (I, 5, § 490), dem Code (Art. 1199, 1206, 2249) und dem SächsGB. § 1035.

f) die **Konfusion**, der Fall, daß der Gläubiger einen Schuldner beerbt oder umgekehrt. Alsdann kann natürlich der Gläubiger den Betrag nicht von den übrigen einfordern, den er selbst als Teilschuldner im Rückgriffswege dem Zahlenden nach § 426 ersetzen müßte, denn dolo facit, qui petit quod statim redditurus sit; die Ausgleichungspflicht aus § 426 wird sich in unserem Fall wohl als von vornherein eintretende entsprechende Minderung des Anspruchs äußern. Weniger empfehlenswert ist die Heranziehung der Aufrechnungsmöglichkeit mit dem Rückgriffsanspruch: denn dieser würde erst mit der Leistung entstehen, steht also in keinem Zeitpunkt dem Anspruch auf diese aufrechenbar gegenüber (verfehlt daher Aufl. 1).

Beerbt ein Gesamtschuldner einen anderen, so hat das auf die Verpflichtungen überhaupt keinen Einfluß — er haftet fortan aus zwei Rechtsgründen nebeneinander, was wichtig ist, wenn etwa die eine Schuld nur bedingt oder umgekehrt durch Bürgen oder Pfänder gesichert war. So mit Recht OLG. Stuttgart 30. VI. 05, Recht 05 471.

Die subjektive Wirkung der Konfusion entspricht dem bisherigen Rechte (l. 71 pr. D. 46,1), und rechtfertigt sich dadurch, daß der sonstige Grund ihrer zerstörenden Wirkung, die Erledigung des Obligationszweckes, hier noch nicht absolut eingetreten ist. Auch der formale Grund, niemand könne sein eigener Schuldner sein, entfällt hier.

g) **Das rechtskräftige Urteil**, mag es freisprechend oder verurteilend lauten. Ersterenfalls wirkt es nach der herrschenden und — trotz Dernburg — richtigen gemeinrechtlichen Lehre objektiv, l. 42 § 3 D. 12, 2, während das Landrecht (I, 5 § 437) und SächsGB., § 1032 nur die subjektive Wirkung hatten.

h) Hinzu kommen würde noch u. a. die **Zession** des Rechtes gegen einen der Schuldner durch den Gläubiger. An ihrer Zulässigkeit ist füglich nicht zu zweifeln, wenn sie auch praktisch bedenklich und selten sein mag. So auch Binder S. 591 gegen Schott S. 93ff. Sie läßt die Rechte des Zedenten gegen seine anderen Schuldner unberührt; wird er von einem derselben befriedigt im Sinne von § 422, so erlischt nunmehr auch das Recht des Zessionars, und dieser bleibt auf die etwaigen Regreßansprüche aus dem zu Grunde liegenden Kausalverhältnis gegen den Zedenten beschränkt. Wegen der Schuldübernahme s. Bem. 5a zu § 423.

i) Die **Anfechtung** des Schuldvertrages durch oder gegen einen Schuldner vernichtet das Schuldverhältnis nur ihm gegenüber; soll sie objektiv wirken, so muß sie von allen oder gegen alle vollzogen werden. So Dernburg § 161, IV, Hellwig, Anspruch S. 189, Gottschalk, Die empfangsbedürftige Willenserklärung, Dissert. Erlangen 1903 S. 85.

2. **Abweichungen**: Die gesamten Bestimmungen des § 425 sind dispositiv: „soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt“.

Das kann geschehen:

a) kraft des Vertrages;

b) kraft des erkennbaren Zweckes des konkreten Verhältnisses, Protok. S. 438;

c) bei der Bürgschaft gilt wieder besonderes wegen ihres akzessorischen Charakters, §§ 767/8.

Die im öffentlichen Interesse erlassenen Schranken der Rechtskraft (ZPO. §§ 322ff.) können natürlich durch die Abrede zu a) nicht durchbrochen werden; zulässig ist indes eine obligatorische Vereinbarung dahin, das Urteil im weiteren Umfange gegen sich gelten lassen zu wollen.

§ 426.

Die Gesamtschuldner sind im Verhältnisse zu einander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist. Kann von einem Gesamtschuldner der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen.

Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden.

E. I 337, E. II 369, RB. 420. — Mot. S. 169—70, Prot. S. 440.

Literatur: Kremer, Die Mitbürgschaft, 1902, S. 112ff., Rumpf, Teilnahme an unerlaubten Handlungen, 1904, S. 84ff.

1. **Prinzip:** Die Römische Korrealität brachte als solche eine innere Beziehung der Schuldner nicht mit sich; ein Regreßrecht des Zahlenden gegen die anderen ergab sich nur auf Grund der etwa vorhandenen besonderen Beziehung unter ihnen, etwa societas. Auch das sog. beneficium cedendarum actionum konnte einen nicht vorhandenen Regreß nicht schaffen, sondern gab nur für einen vorhandenen eine neue Klageform. S. Windscheid § 294; RG. bei Seuffert 52 Nr. 7 S. 14; a. A. freilich Savigny, Obligationenrecht §§ 23ff.

Dagegen gaben das Landrecht (I, 5, § 436) und der Code (Art. 1213,6) dem zahlenden correus durch cessio legis die Klage des befriedigten Gläubigers als Mittel zur Durchsetzung des Regresses („Subrogation").

In noch weiterem Umfange verläßt das BGB. das Römische System:

Es stellt zwischen den Gesamtschuldnern als solchen ein inneres Verhältnis her. Vermöge dessen sind sie, „soweit nicht ein anderes bestimmt ist", einander gegenüber zu gleichen Teilen verpflichtet. Das heißt einmal, daß der alles oder vom Gesamtbetrage oder den zunächst allein zu tilgenden Raten der Schuld mehr als seinen Teil Zahlende einen Rückgriff gegen die andern entsprechend ihrem internen Anteil an der Schuld erlangt, und weiter, daß jeder dem andern zur „Mitwirkung und Beitragung bei der Leistung" verpflichtet ist; er hat zunächst dafür zu sorgen, daß es überhaupt zu einem Rückgriffe nicht kommt. Mot. S. 170. Für Nichterfüllung dieser Pflicht sind sie einander gegebenenfalls nach allgemeinen Grundsätzen ersatzpflichtig. Und zwar wohl nicht nur in Bezug auf den durch stärkere Heranziehung der anderen entstandenen Schaden (s. OLG. Breslau 26. IX. 1903, Rspr. VIII S. 53), sondern auch für sonstige Nachteile.

Sehr zweifelhaft ist die Frage, ob ein Rückgriff auch dann schon bestehe, wenn einer der Gesamtschuldner eine hinter seinem internen Haftungsanteil zurückbleibende Summe an den Gläubiger gezahlt hat. Dafür die meisten, so Crome § 207 Anm. 52, Dernburg § 163 Anm. 5, Goldmann-Lilienthal S. 464 Anm. 18, Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 3, Matthiaß S. 477 Anm. 1, Schollmeyer Nr. 3b, s. auch ROHG. 24, Nr. 28 S. 99 (PreußR.), Anders Aufl. 1 sowie Enneccerus S. 578. Die von der herrschenden Meinung angenommene Pflicht jedes Gesamtschuldners, zur Leistung auch wegen jedes kleinsten Teilbetrages anteilsweise mitzuwirken, ist unerfindlich und praktisch unerträglich. Vielmehr ist jeder den andern gegenüber zur Zahlung der seinem Haftungsanteil entsprechenden Quote verpflichtet. Hat er weniger gezahlt, so hat er diese seine Pflicht noch nicht voll erfüllt, wie kann er also noch obendrein gegen die andern einen Rückgriff nehmen? Und auch, wenn er seinen Anteil voll bezahlt, hat er den andern gegenüber nicht mehr getan, als er tun mußte. Falls die andern noch nicht entsprechend geleistet haben, begründet das zwar für den Leistenden einen Anspruch, aber nicht auf anteilsmäßige Erstattung, sondern auf Leistung an den Gläubiger. Anders nur bei abgegrenzten Ratenzahlungen: hier kommt es darauf an, ob der Einzelne mehr als den auf ihn entfallenden Anteil gerade an der fraglichen Rate geleistet hat. Dieses interne Verhältnis kann auch dadurch, daß durch Erlaß einer der Schuldner ausscheidet, nicht beeinträchtigt werden, ebensowenig durch privative Schuldübernahme. Ist der Gläubiger durch Hingabe an Zahlungsstatt befriedigt, so kann der Leistende natürlich nur den Wert des geleisteten anteilsweise ersetzt verlangen und nie mehr, als bei wahrer Zahlung zu erstatten gewesen wäre.

2. **Ausnahmen:** Das System zu 1) kann Änderungen erfahren dahin, daß im internen Verhältnis einer allein die Schuld zu tragen hat, oder daß das Anteilsverhältnis doch ein ungleiches ist.

Solche „andere Bestimmung" tritt ein:

a) durch Vertrag, z. B. Gesellschaft mit verschiedener Verlustbeteiligung; Vermögensübernahme, bei der intern aber nicht extern (§ 419) der Übernehmer die Belastungen meist allein zu tragen haben wird.

b) Durch gesetzliche Bestimmung. Beispiele geben namentlich die §§ 774 (Regreß des Bürgen), 840 Abs. 2 und 3, 841, 1833 Abs. 2.

c) Im Entw. I § 338 war im Anschluß an die herrschende Lehre des GR. (dagegen freilich Dernburg, Pand. II § 129 No. 12) bestimmt, daß bei dolosen Delikten eine Ausgleichungspflicht nicht eintrete. Das ist durch Entw. II beseitigt, Prot. S. 440/1.

d) Auf die Fälle der „unechten Solidarität" im Sinne der Vorbem. 5 c paßt die Bestimmung des § 426 an sich nicht, weil hier von irgend welchem „Verhältnis" der

mehreren Verpflichteten zu einander keine Rede sein kann. Hier greift daher der Ersatzanspruch aus Abs. 1 (und die cessio legis aus Abs. 2) nicht Platz. So auch Hruza S. 57 und jetzt RG. JS. VI vom 29. V. 1905, DJZ. 05 814. Damit ist nicht gesagt, daß nicht aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung oder der ungerechtfertigten Bereicherung ein Ersatzanspruch gegeben sein könne: dafür eindringlich Crome in Jherings Jahrb. 34 124 ff. Der Umstand, daß der Leistende mit den fremden zugleich auch seine eigenen Geschäfte besorgt, dürfte das nicht schlechthin ausschließen. S. §§ 677 ff., 812 ff. und Bem. dazu.

e) Viel weiter geht Rumpf aaO. S. 84 ff. Die Worte: „soweit nicht ein anderes . . . ." sollen eine Haftungsverteilung allgemein nach der Billigkeit bezwecken, ähnlich auch Dernburg § 163, IV. Aber die Billigkeit ist im BGB. nur Leitprinzip für die Erfüllung einer Schuld (s. Bem. zu § 242), deren Vorhandensein anderweit feststeht; nicht kann einfach die Frage ihrer Existenz (also hier das Vorhandensein eines Rückgriffs) ohne weiteres aus der Billigkeit entschieden werden, dazu hätte es einer Sonderbestimmung bedurft, wie in § 829, der nach Rumpfs Auffassung selbstverständlich und somit überflüssig erscheinen müßte. Die genannten Worte können eine solche nicht ersetzen, da sie ja umgekehrt auf eine „andere Bestimmung" als maßgebend hinweisen, nicht selbst eine solche enthalten. Auch würde die hier bekämpfte Lehre zu argen, rechtspolitisch bedenklichen Ergebnissen führen.

Allerdings steckt in ihr ein berechtigter Kern; es erscheint in der Tat angebracht, daß bei Ersatzansprüchen der vorwiegend Schuldige im internen Verhältnis den Schaden auch vorwiegend tragen muß. Aber das läßt sich auch ohne Rumpfs Lehre erreichen, indem man den Grundsatz des § 254 auch auf das Rückgriffsverhältnis ausdehnt. Dazu sind wir wegen Gleichheit des Grundes vollauf berechtigt. Denn was für die Schadenstragung im Verhältnis von Beschädigtem und Schädiger recht ist, muß auch für das der Schädiger unter einander billig sein. Wie für zahlreiche Fälle bereits in § 840, für andere in § 255 (s. überall Bem. dazu) ein von § 426 abweichendes Rückgriffsverhältnis **allgemein** angewendet ist, können wir darüber hinaus individualisierend ein solches auf Grund des entsprechend angewendeten § 254 je nach Lage des Falles aufstellen.

3. **Eine Einschränkung** des Gesagten ergibt sich aus **Satz 2**. Er greift Platz, wenn einer der Schuldner insolvent, unerreichbar oder doch so schwer erreichbar ist, daß seine Inanspruchnahme praktisch untunlich erscheint. Auch der Fall gehört hierin, daß ein Schuldner verstorben ist und sein Erbe nur beschränkt haftet, §§ 1975 ff.

Alsdann muß der Ausfall, soweit er reicht, von den andern getragen werden, zweifellos nach Verhältnis ihres ursprünglichen Haftungsanteils und unter Berücksichtigung des Anteils am Ausfall, der auf den Rückgriffberechtigten selbst entfällt. Doch können die auf den Ausfall Belangten dem Kläger sicherlich den Einwand entgegensetzen, daß jener durch mangelnde Sorgfalt bei der Rechtsverfolgung entstanden oder vergrößert sei, weil die Schuldner wegen § 426 in einer zur Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verpflichtenden Gemeinschaft stehen, Planck Nr. 2. Ist für einen Schuldner durch Schuldübernahme ein anderer eingetreten, so hat das auf den Rückgriff des Zahlenden gegen jenen mangels Zustimmung zu dem Akt keinen Einfluß; denn unmöglich brauchen sich die andern Gesamtschuldner die Person eines andern statt des ursprünglichen Rückgriffschuldners aufdrängen zu lassen, s. Enneccerus S. 578 unter e), auch Binder S. 592.

4. **Abs. 2; Übergang der Rechte.** Neben der Ausgleichungsfrist findet nach Abs. 2 auch ein gesetzlicher Übergang der Rechte des Gläubigers auf den Zahlenden statt, aber nur:

a) soweit er den Gläubiger befriedigt hat. Erläßt ihm dieser in Schenkungsabsicht einen Teil, so kommt folgerecht Abs. 2 nicht zur Anwendung; es kann darin unter Umständen aber eine gewöhnliche Zession gesehen werden, s. Prot. S. 442.

b) soweit der Zahlende gemäß Abs. 1 Ausgleichung verlangen kann. Materiell größere Rechte gewinnt er also durch Abs. 2 gegenüber Abs. 1 nicht; die Bestimmung hat indes praktische Bedeutung, weil nunmehr die Bürgen und Pfänder auch für den Regreßanspruch haften. Ebenso bleibt ein etwaiges Konkursvorrecht.

c) Einen weitergehenden Rückgriff als nach a—b kann sich der Zahlende auch nicht dadurch verschaffen, daß er sich vom Gläubiger dessen Ansprüche noch besonders abtreten läßt. Denn soweit die cessio legis nicht reicht, gehen jene durch die Zahlung mit Rechtsnotwendigkeit unter, s. KG. in Rspr. V S. 333, RG. im SächsArch. 12 723 (3. V. 1902).

d) Sind die Schuldner gegenüber dem Anspruch aus Abs. 2 **gesamtschuldnerisch verpflichtet?** Dafür Hruza S. 47, weil sie dem ursprünglichen Gläubiger des Anspruches so hafteten. Aber der Anspruch geht doch nicht schlechthin über, sondern nur soweit eine Ausgleichungspflicht ohnedies besteht, und sie besteht nicht für sie in solidum, sondern nur nach Haftungsanteilen gemäß Abs. 1. Mehr kann also auch mit dem nach Abs. 2 übergegangenen Anspruch nicht erzielt werden.

So auch die meisten, z. B. Fischer-Henle Nr. 6; Kipp-Windscheid S. 206; Matthiaß S. 478; Planck Nr. 3; Schollmeyer Nr. 4 a. E. Vermittelnd Kremer S. 188ff.: die Subrogation finde in solidum statt nach Abzug eines Kopfteiles des Regreßnehmers, allein der Anspruch könne darum nicht auch gegen jeden aufs Ganze geltend gemacht werden. Aber das ist unbewiesen (s. nur S. 195, 199, 203) und von vornherein höchst auffällig — was soll die gesetzliche Übertragung eines nach Absicht des Gesetzgebers doch nicht voll durchführbaren Anspruchs? Richtig ist nur, daß der Übergang desselben nicht zu einem von vornherein abgegrenzten Teile erfolgt, sondern in Höhe alles dessen, was möglicherweise, insbesondere unter Berücksichtigung des etwaigen Ausfalls bei den anderen (Abs. 1 S. 2), von dem einzelnen Schuldner als Ausgleich verlangt werden kann. Aber wenn der Ausgleichsanspruch nach Abs. 1 in seiner Höhe noch unbestimmt ist, so kann es nicht verwundern, daß der ihm materiell entsprechende Anspruch aus Abs. 2 nicht anders gestaltet sei.

Zweifelhaft und schwierig ist die theoretische Begründung des Abs. 2, s. Hruza S. 45; Siber, Rechtszwang S. 248ff. Nach Siber erfüllt der zahlende Gesamtschuldner nicht seine Schuld, macht vielmehr von der ihm zustehenden facultas alternativa Gebrauch, durch Zahlung des entsprechenden Betrages die Forderung an sich zu bringen. Das scheint mir verkünstelt; schwerlich kann die facultas alternativa in Leistung gerade des Schuldgegenstandes bestehen. Vielleicht kann man eher sagen: jeder leistet als Träger seines besonderen Schuldverhältnisses und auf dasselbe, und das wirkt für die andern nur relativ dem alten Gläubiger gegenüber, nicht aber absolut. Der Zweck der Ansprüche gegen die andern ist insoweit noch nicht erledigt, als sie zur Erledigung des Rückgriffszweckes verwendbar bleiben, und in diesem Umfang läßt die Rechtsordnung sie daher unter Übertragung auf den Träger des damit zu realisierenden Zweckes bestehen.

Zu beachten ist noch, daß der Übergang, da er anteilsweise erfolgen soll, nur bei teilbaren Leistungen denkbar ist; auf unteilbare ist Abs. 2 somit trotz § 431 nicht anwendbar, Kuhlenbeck, V. d. Pandekten II S. 34. Ferner kann er nicht eintreten, soweit ein Schuldner durch subjektiv wirkenden Erlaß ausgeschieden war — denn ein nicht mehr bestehender Anspruch kann natürlich nicht mehr übergehen; es verbleibt in solchem Fall dafür beim Rückgriff gemäß Abs. 1.

5. **Zum Schlußsatz.** „Der Übergang kann nicht zum Schaden des Gläubigers geltend gemacht werden": so schon die bisherige Praxis, s. Erk. d. RG. III Nr. 52 S. 183; des ROHG. bei Seuffert 32 Nr. 138 S. 168. Es geht also weder die Hypothek auf den Zahlenden über, soweit der Gläubiger noch nicht voll befriedigt ist, noch kann jener Abtretung auch nur eines Teiles verlangen — dies wegen der Ungeteiltheit der Pfandhaftung. Er darf ferner nicht durch seine Teilnahme am Konkursverfahren des Regreßpflichtigen die Dividende des Gläubigers aus den ihm noch verbleibenden Ansprüchen schmälern, ebensowenig durch außerkonkursmäßige Pfändungsmaßnahmen seine Befriedigung hindern oder erschweren. S. übrigens Anm. 6 zu § 268.

Nach Crome S. 347–8 ist dieser Vorrang des Restgläubigers wegen der allgemeinen Tendenz der Vorschrift auch auf den Rückgriff aus Abs. 1 auszudehnen. Erwiesen ist das schwerlich, auch allgemeine Erwägungen sprechen m. E. nicht dafür.

§ 427.

Verpflichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner.

E. II 370, RB. 421. — Prot. S. 430–2. D. S. 86–7.

1. S. dazu die Vorbem. Nr. 1–2. Die Gesamtschuld tritt im Zweifel ein bei **vertragsmäßiger Verpflichtung.** (Eine einseitige Erklärung, wo überhaupt verpflichtend (s. Vorbem. 1 b vor 305), wird gleichzustellen sein; aber nicht der Fall, wenn durch zwei getrennte Verträge eine Leistung versprochen wird. Denn § 427 verlangt

„Gemeinschaftlichkeit" der Verpflichtung. Anders freilich Achilles; Goldmann-Lilienthal S. 461 Anm. 13; Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 2 a. E.; Planck Nr. 1; Rehbein S. 447; Türcke-Niedenführ Nr. 1; wie hier Dernburg § 161, II a. E.; Kremer, Mitbürgschaft S. 63—4; Schollmeyer Nr. 2a. Wenn aber mehrere nacheinander die Verpflichtung übernehmen, so ist diese doch keine „gemeinschaftlich" übernommene, es sei denn, daß ihre Beteiligung auf einem gemeinsamen Plane beruht und ihre Erklärungen somit nur sukzessive Bestandteile eines einheitlich gedachten und zu behandelnden Geschäftes sind. Ein wertvolles arg. a contrario bildet § 769, wo für die Bürgschaft das Gegenteil bestimmt ist, eine Vorschrift, die nur bei unserer Auslegung des § 427 erforderlich und verständlich erscheint. Unmöglich kann das Wort „gemeinschaftlich", wie die Gegner wollen, statt im Sinne eines gemeinschaftlichen Entstehungsgrundes in dem einer gemeinschaftlichen Haftung zu verstehen sein — denn alsdann hätte das beschränkende Wort „im Zweifel" nicht den mindesten Sinn, s. Kremer aaO. Richtig ist nur, daß oft, vielleicht meistens, auch bei getrenntem Versprechen derselben teilbaren Leistung Gesamtverpflichtung beabsichtigt ist, vielleicht sogar im Zweifel unterstellt werden darf.

2. Die Gesamtschuldnerschaft tritt nur „im Zweifel" ein; das Gegenteil kann ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart werden.

3. Die Gesamtschuld erstreckt sich auf alle Haupt- und Nebenleistungen, die sich aus dem übernommenen Schuldverhältnis ergeben; aber gemäß § 425 nicht auf die Ersatzansprüche wegen vertretbaren Verschuldens des einen Beteiligten.

So haften z. B. die Beteiligten gesamtschuldnerisch auch für die aus der Wandelung, dem Rücktritt, der Minderung entspringenden Pflichten, Rehbein S. 448.

4. Ob die Mehreren jeder persönlich beim Vertragsschlusse beteiligt waren, oder ob einer allein mit Vollmacht der anderen auch für sie kontrahierte, ist gleichgültig.

5. § 427 erstreckt sich nur auf teilbare Leistungen; bei unteilbaren greift nach § 431 die Gesamtschuldnerschaft mit Rechtsnotwendigkeit Platz.

6. Wie wirkt die Ungültigkeit der einen Verpflichtung auf die anderen? Die Praxis ist geneigt, darauf § 139 anzuwenden, also im Zweifel auch deren Verpflichtung für ungültig zu erachten, so RG. ZS. V vom 23. I. 1904, DJZ. 05 123. Aber unbedenklich ist das nicht. Für die gegenteilige Behandlung spricht einmal die Analogie von § 425, dann aber die Erwägung, daß doch jeder Gesamtschuldner Träger eines selbständigen Schuldverhältnisses ist. Von diesem ist wegen der Ungültigkeit einer Mitverpflichtung kein Teil nichtig geworden; läßt man es gelten, so kann von einer inhaltlichen Zerreißung eines einheitlichen Geschäftes, wie § 139 sie hintanhalten will, keine Rede sein. Das entspricht auch der Behandlung im bisherigen Recht. Höchstens kann die falsche Vorstellung von der Gültigkeit der Mitverpflichtungen für die einzelnen Schuldner unter Umständen als ein die Anfechtung nach § 119 rechtfertigender wesentlicher Geschäftsirrtum behandelt werden, als Fall des „error in negotio".

§ 428.

Sind mehrere eine Leistung in der Weise zu fordern berechtigt, daß jeder die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner aber die Leistung nur einmal zu bewirken verpflichtet ist (Gesamtgläubiger), so kann der Schuldner nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger leisten. Dies gilt auch dann, wenn einer der Gläubiger bereits Klage auf die Leistung erhoben hat.

E. I 323, E. II 371, RV. 422. — Mot. S. 157—8, Prot. S. 442—3.

1. Die §§ 428-30 handeln von dem **aktiven** Gesamtschuldverhältnis. Dieses ist viel weniger wichtig als das passive und wird auch bei vertragsmäßiger Entstehung nicht unterstellt, anders als das passive nach § 427. S. übrigens Vorbem. Nr. 3.

2. **Jeder Gesamtgläubiger** kann Anspruch auf die ganze Leistung erheben; sein Recht ist grundsätzlich unabhängig von der Existenz und Wirksamkeit desjenigen der Genossen, und zwar nach BGB. noch mehr als nach bisherigem Recht:

a) nach der herrschenden und richtigen Ansicht schloß noch bei Justinian und im GR. die **Klagerhebung des einen Gläubigers** die andern aus, s. Windscheid

§ 296, Dernburg Pand. II § 74 No. 1. Nach § 428 S. 2 ist das Gegenteil der Fall. Will sich der Schuldner auch gegenüber den andern befreien, so mag er zahlen oder, bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen, namentlich bei Bedenken gegen die Legitimation des Klägers, hinterlegen.

Andernfalls kann es kommen, daß der Schuldner in den von mehreren etwa angestrengten Prozessen gleichzeitig verurteilt wird; es steht ihm dann als Schutzmittel nur der Weg des § 881 ZPO. offen.

b) **der Schuldner kann wirksam leisten** an diesen oder jenen Gläubiger. Er kann auch jeden anteilsmäßig befriedigen. Jedoch braucht der einzelne sich nach § 266 eine derartige Teilleistung nicht gefallen zu lassen — eine solche liegt nämlich jedem Gesamtgläubiger gegenüber dabei vor, da jeder auf das Ganze berechtigt ist. Anders, soweit einzelne Gläubiger die Raten bereits angenommen haben: das mindert natürlich die Schuld auch den übrigen gegenüber.

c) Zweifelhaft ist, ob jeder Gesamtgläubiger mit Wirkung für alle selbständig anfechten, kündigen, zurücktreten, bei einer Wahlschuld die Wahl ausüben könne, dafür Hellwig, Anspruch S. 197 Anm. 24, dagegen Planck zu § 429 Nr. 6, 11, zu § 356 Nr. 1, Schollmeyer zu § 356 Nr. 1, (dieser anders in Bezug auf die Wahl, § 429 Nr. 3), Gottschalk (s. oben Nr. 1i zu § 425) S. 86. Der § 356, meint Hellwig, sei dispositiv, und in der Vereinbarung einer Gesamtgläubigerschaft liege das reelle Verfügungsrecht des einzelnen bereits als selbstverständlich ausgesprochen. Das scheint bedenklich, zumal aus § 429 Abs. 3 hervorgeht, daß die Gesamtgläubigerschaft im Sinne des BGB. keineswegs dem einzelnen eine weitgehende Einwirkungsmöglichkeit auf die Gerechtsame der andern gewähren soll. Für die Kündigung ergibt sich das gleiche Ergebnis ohne weiteres aus § 429 Abs. 3 und dem dort in Bezug genommenen § 425 Abs. 2. Ist aber Hellwigs Meinung für Rücktritt und Kündigung bedenklich, so würde ihre Anerkennung für die andern in Frage stehenden Fälle eine Anomalie bedeuten, die nicht ohne Not anzuerkennen ist.

d) Im übrigen s. §§ 429/30.

§ 429.

Der Verzug eines Gesamtgläubigers wirkt auch gegen die übrigen Gläubiger.

Vereinigen sich Forderung und Schuld in der Person eines Gesamtgläubigers, so erlöschen die Rechte der übrigen Gläubiger gegen den Schuldner.

Im übrigen finden die Vorschriften der §§ 422, 423, 425 entsprechende Anwendung. Insbesondere bleiben, wenn ein Gesamtgläubiger seine Forderung auf einen anderen überträgt, die Rechte der übrigen Gläubiger unberührt.

E. I 325—36, E. II 371, RB. 423. — Mot. S. 159—69, Prot. S. 442—3.

1. § 429 statuiert **zwei Abweichungen** gegenüber dem Recht des passiven Gesamtschuldverhältnisses:

a) der **Annahmeverzug** wirkt objektiv; es ist dies eine Neuerung des Entw. I, die mit Unrecht als eine Konsequenz der für die passive Gesamtschuld in § 424 getroffenen Bestimmung bezeichnet wird, Prot. S. 442; in Wahrheit ist es eine Ausnahme von dem sonst streng durchgeführten Prinzip, daß die Handlungen des einen Beteiligten den andern zwar nützen, aber nicht schaden können, erklärt sich auch schwerlich genügend daraus, daß ja der Schuldner an jeden Gesamtgläubiger leisten und daher von der dadurch entstehenden „günstigeren Position" auch den andern gegenüber Gebrauch machen kann (so Binder S. 588).

Folge der Bestimmung ist, daß der Schuldner nach der Annahmeweigerung des einen auch den andern gegenüber in der Haftung ermäßigt wird, mit Wirkung ihnen gegenüber hinterlegen kann usw. — Daß der Schuldner durch nachheriges vorbehaltloses Angebot gegenüber einem andern Gläubiger auf die Verzugsfolgen verzichten könne (Prot. S. 442), liegt auf der Hand.

b) die **Konfusion** wirkt gleichfalls gesamtzerstörlich. Diese dem Gemeinen Recht (Windscheid § 429 No. 6), dem Entw. I und dem Prinzip des § 425 widerstreitende Satzung erklären die Prot. S. 443 damit, daß ja der Schuldner jeden Gläubiger, also auch im genannten Falle sich selbst wirksam als Destinatär der Leistung behandeln könne. S. dazu auch Binder S. 586.

Kann ein Gläubiger diese Wirkung auch dadurch, daß er seinen Anspruch dem Schuldner abtritt, willkürlich herbeiführen? Dafür Stammler S. 261. Man wird eine derartige Abtretung beim Fehlen einer gegenteiligen Bestimmung wohl für zulässig und dann dem Wortlaut entsprechend gesamtzerstörlich wirkend ansehen müssen, ebenso Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 7. Im Gemeinen Recht wurde sie freilich vielfach für unwirksam erklärt.

Das Rückgriffrecht des § 430 (s. unten) wird dadurch natürlich nicht beinträchtigt, denn der Gläubiger-Schuldner ist ja durch seine Befreiung ebensosehr befriedigt, als wenn er eine reale Leistung empfangen hätte, nur das Gesamtschuldverhältnis als solches ist erloschen. Anderer Ansicht zu Unrecht Schwedler in der Vorbem. 2c vor § 362 zitierten Schrift, S. 83.

2. Im übrigen sollen die Regeln des passiven Gesamtschuldverhältnisses **„entsprechende" Anwendung** finden. Es wirken also:

a) **objektiv:**

α) die Erfüllung,

β) die in § 422 bezeichneten Äquivalente der Erfüllung. Jedoch kann die rücknehmbare Hinterlegung nur dem Destinatär gegenüber die Einrede des § 379 verleihen. Wie soll der Schuldner die andern auf etwas verweisen, was sie nichts angeht?

So auch Planck Nr. 1, Schollmeyer Nr. 1a. Anders Crome § 208 Anm. 14, Dernburg §§ 162, II, 4; 165, II, 3, Kaufmann S. 330, Rehbein Nr. 26. Ihre Meinung führt aber zu dem unerträglichen Ergebnis, daß der Schuldner den Anspruch der andern Gläubiger zur Abweisung bringen und dann doch das Hinterlegte zurücknehmen könnte. Denn ein solches Urteil kann nicht, wie nach § 376 Abs. 2 Nr. 3 das zwischen Hinterleger und Destinatär ergehende, die Hinterlegung unrücknehmbar machen, weil dieser dabei in dem hier unterstellten Falle gar nicht beteiligt ist.

γ) der Erlaß. Ist, wie häufig beim Vergleich, gegen den Erlaß ein neues Versprechen abgegeben, so kann der Schuldner m. E. (anders Planck Nr. 3) den anderen Gläubigern gegenüber Rechte daraus nur herleiten, wenn er auch die Pflichten ihnen gegenüber anerkennt. Ebenso wohl bei einem an Erfüllungsstatt erteilten Versprechen. Auch die translative Schuldübernahme soll als einen Erlaß gegen den bisherigen Schuldner enthaltend anzusehen sein und demnach die anderen Gläubiger ausschließen, nach meiner Aufl. 1 und Planck Nr. 3; dagegen aber Schollmeyer Nr. 2a, dem ich beitrete, da Erlaß- und Übernahmewille in der Tat unvereinbar sind und für die Schuldübernahme eine besondere Vorschrift, anders wie für den Erlaß nach § 423, fehlt. Freilich könnte in der Schuldübernahme nach § 414 ein Vertrag auch zu Gunsten der anderen Gesamtgläubiger liegen, aber dieser kann ihnen nur Rechte — gegen den Übernehmer — geben, nicht auch solche — gegen den Urschuldner — nehmen, Schollmeyer aaO.

Übrigens ist selbst die objektive Wirkung des Erlasses hier nicht unbedenklich, da sie einen starken Eingriff in die Rechte der anderen Gläubiger enthält, s. Crome S. 389. Sie rechtfertigt sich nach Crome Anm. 22 durch das bestehende Gemeinschaftsverhältnis, kraft dessen der Erlassende seinen Genossen gegenüber ebenso ausgleichungspflichtig ist, wie wenn ihm gezahlt wäre, s. unten Nr. 1 zu § 430.

b) **alle anderen Tatsachen wirken nur objektiv**, namentlich:

α) der bloße Verzicht eines Gläubigers auf sein Anteilsrecht, der sich nicht als wahrer Erlaß darstellt.

β) die Kündigung.

γ) Der Leistungsverzug. Er bewirkt eine Haftungserweiterung nur gegenüber dem, der ihn herbeigeführt hat; insoweit liegt also kein solidarisches, sondern ein gewöhnliches Schuldverhältnis vor. Zahlt der Schuldner nun an einen der anderen Gläubiger, so bleibt er jenem gegenüber natürlich noch in Bezug auf die Verzugsfolgen verpflichtet.

δ) Die Unmöglichkeit der Leistung dem einen gegenüber, z. B. dieser wohnt im Ausland, und der Schuldgegenstand kann ihm infolge angeordneter Grenzsperre, Ausfuhrverbot, nicht geliefert werden; er verliert das Miteigentum an dem Hause, in

dem der Schuldner Reparaturen vorzunehmen, Einrichtungen anzubringen sich verpflichtet hat. Das Beispiel der Aufl. 1 paßt nicht (s. Kisch, Unmöglichkeit S. 239 Anm. 3).

ε) die Verjährung sowie ihre Unterbrechung.

ζ) das rechtskräftige Urteil.

η) entgegen dem RR. (l. 10 D. 13,5) kann man auch dem Erfüllungsversprechen zu Gunsten des einen Gläubigers keine Wirkung gegenüber den andern beilegen; der das aussprechende § 323 Satz 3 Entw. I ist später nur, weil entbehrlich, gestrichen worden.

ϑ) Daß eine Übertragung des Gläubigerrechtes an einen dritten das Recht der anderen Gläubiger unberührt läßt, ist eigentlich selbstverständlich, wird aber in Abs. 3 Satz 2 besonders erwähnt. Auf den Fall der Abtretung an den Schuldner (oben 1 b) wird das nicht anzuwenden sein, denn dabei ist es nicht die Abtretung, sondern die durch sie hervorgerufene Konfusion, die das Recht der andern ausschließt.

Auch die von einem Gläubiger vereinbarte (§ 414) oder genehmigte (§ 415) Schuldübernahme kann den Rechten der andern gegen den ursprünglichen Schuldner keinen Abbruch tun, s. oben a γ.

§ 430.

Die Gesamtgläubiger sind im Verhältnisse zu einander zu gleichen Anteilen berechtigt, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.

E. I 337¹, E. II 372, RV. 424. — Mot. S. 169—70, Prot. S. 444.

1. Der Satz entspricht dem § 426 Abs. 1; s. Bem. dazu. Natürlich kann der Erlaß oder die Annahme an Erfüllungsstatt durch einen Gläubiger den andern ihr Recht auf Ausgleichung nicht mindern; sie nehmen ihn auf Ausgleichung in Anspruch, wie wenn er alles empfangen hätte. Denn es ist unzulässig, daß er ihre Gerechtsame aus der Gemeinschaft durch seine willkürliche Handlungsweise schmälere.

Auch eine Abtretung seines Rechtes an einen dritten enthebt den Gläubiger von der ihm nach § 430 obliegenden Pflicht nicht, wenn an den Zessionar geleistet ist. Das ergibt sich schon aus § 429 Abs. 3 Satz 2. Aber andererseits können sich die Gläubiger dafür folgerecht nicht direkt an den Zessionar halten: ihre Rechte bleiben durch den Akt „unberührt", im Guten wie im Bösen.

2. Zweifelhaft ist die Ausgleichungspflicht, wenn ein Gesamtgläubiger zwar etwas, aber weniger als seinen Anteil, die andern noch nichts erhalten haben. Dafür Crome S. 391, Schollmeyer Nr. 2ᵃ. Für die Verneinung scheint die Analogie des zu § 426 Nr. 1 gesagten zu sprechen. Allerdings liegen die Fälle verschieden wegen der Möglichkeit einer dazwischen tretenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Trotzdem neige ich mich zur Verneinung: denn da nach § 430 jeder Gesamtgläubiger dem andern gegenüber im Zweifel zu gleichen Teilen berechtigt ist, hat er in unserem Falle nur das empfangen, worauf er auch den andern gegenüber ein Recht hat. Auch daß er seinen Anteil zuerst eintrieb, verstieß keineswegs gegen seine Pflichten aus dem Gemeinschaftsverhältnis; die andern hätten ja rechtzeitig ein gleiches tun können!

§ 431.

Schulden mehrere eine unteilbare Leistung, so haften sie als Gesamtschuldner.

E. I 340/1, E. II 373, RV. 425. Mot. — S. 173—4, Prot. S. 444—6.

1 Über den Begriff der unteilbaren Leistungen s. Vorbem. Nr. 1, sowie § 752 und Bem. dazu. § 431 behandelt zunächst den Fall einer Mehrheit von Schuldnern auf eine derartige Leistung. Hier nahm das RR. Solidarität an mit gewissen Besonderheiten, während das Landrecht die Schuldner nur gemeinsam belangt werden ließ. Das BGB. erklärt die Beteiligten einfach für Gesamtschuldner, womit eine unterschiedslose Anwendung der obigen Sätze gegeben ist, vorbehaltlich nur der Besonderheiten, die sich aus der Unteilbarkeit der Leistung ergeben, s. z. B. Nr. 4 a. E. zu § 426.

2. **Unmöglichwerden der Leistung:** Sehr streitig war im GemR. der Fall, wenn die unteilbare Leistung infolge eines vertretbaren Verhaltens eines der Beteiligten unmöglich wird. Die herrschende und richtige Meinung (Savigny, Windscheid § 299

Nr. 7) ließ auch dem Ersatzanspruche die mehreren Schuldner solidarisch haften, während andere, so Dernburg, Pand. II § 24 No. 7, eine Zerlegung der Obligation in Teilpflichten annahmen. Dieser letzteren Lehre folgte Entw. I § 341, ein Satz, der aber in zweiter Lesung als „auf unrichtigen Vorstellungen beruhend" gestrichen wurde, Prot. S. 445. Mangels besonderer Bestimmung verbleibt es nunmehr auch in diesem Punkte bei den gewöhnlichen Regeln der Gesamtschuld: haben alle die eingetretene Unmöglichkeit zu vertreten, so haften sie auch für den nunmehrigen Ersatzanspruch als Gesamtschuldner — ebenso wie bei unerlaubten Handlungen nach § 830 —; liegt nur vertretbares Verhalten eines einzigen vor, so haftet er allein, und die andern werden ganz frei. Ob dagegen, wenn außerhalb einer Schadensersatzpflicht an Stelle der unteilbaren Leistungspflicht eine teilbare tritt, das Gesamtschuldverhältnis fortbesteht oder sich in Teilschulden verwandelt, ist nicht zweifelsfrei, z. B. die Schuldner machen von einer facultas alternativa Gebrauch, oder an Stelle der alten, unteilbaren Leistung tritt nach § 281 ein Surrogat. Kipp zu Windscheid II S. 214 leugnet alsdann den Fortbestand einer Gesamtschuld, wohl mit Recht. Denn eine „unteilbare Leistung" wird hier nicht mehr geschuldet, § 431 ist also nicht mehr anwendbar, ebensowenig § 427, da die neue, teilbare Leistung jedenfalls — wie immer es mit der früheren unteilbaren auch stehen mochte — nicht durch gemeinsamen Vertrag übernommen ist. Es tritt also nach § 420 Teilhaftung ein.

3. **Besondere Fälle:** Nicht unter § 431 gehören folgende Fälle

a) wenn alle Schuldner gemeinsam mitwirken müssen, um den Erfolg durch ihre Kollektivanstrengung herbeizuführen: hier ist jeder verpflichtet, mit den andern gemeinsam zu handeln, s. Vorbem. Nr. 5^b a. E.

b) wenn jeder nur verpflichtet ist zu einer besonderen Mitwirkung, die mit derjenigen der andern zusammen einen einheitlichen Erfolg ergibt, z. B. zwei Miteigentümer verpflichten sich zur Bestellung einer Servitut an ihrem Grundstück. Hier haftet jeder immer nur auf seine besondere Leistung. S. Windscheid § 300, Ubbelohde aaO. S. 239 ff.

4. Die Unteilbarkeit der Leistung zeitigt auch noch anderweite Wirkungen, s. die Übersicht bei Crome § 145 Nr. 4.

§ 432.

Haben mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern, so kann, sofern sie nicht Gesamtgläubiger sind, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern. Jeder Gläubiger kann verlangen, daß der Schuldner die geschuldete Sache für alle Gläubiger hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abliefert.

Im übrigen wirkt eine Tatsache, die nur in der Person eines der Gläubiger eintritt, nicht für und gegen die übrigen Gläubiger.

E. I 339, E. II 374, RB. 426. — Mot. S. 171—3, Prot. S. 446.

1. **Allgemeines:** Ist eine Mehrheit von Gläubigern auf eine unteilbare Leistung berechtigt, so konnte nach GR im allgemeinen jeder klagen; wurde aber durch Leistung an ihn das Interesse der andern nicht zugleich befriedigt (z. B. Rückgabe einer von mehreren deponierten Sache), so drang er nur durch, wenn er dem Schuldner wegen der Ansprüche der andern Sicherheit leistete — ll. 1 § 36, 14 pr. D. 16, 3. Das Landrecht dagegen behandelte das Recht schlechthin als gemeinschaftliches, nur von allen Gläubigern zusammen ausübbares. Dem folgt zunächst auch das BGB.: nur alle können klagen; der Schuldner kann nur an alle gemeinsam mit voll befreiender Wirkung leisten, während er durch Leistung an einen nur diesem gegenüber frei wird. Jedoch gilt das nicht ausnahmslos:

a) Jeder kann, zwar nicht auf Leistung, aber doch auf Hinterlegung zu Gunsten aller, oder bei nach § 372 nicht hinterlegungsfähigen Sachen auf Ablieferung an einen Sequester klagen. Gemeint ist jedenfalls eine nicht rücknehmbare Hinterlegung, § 376,

die dann eine völlige Befreiung des Schuldners bewirkt. So auch Schollmeyer Nr. 3 a. E. Eine andere würde den Interessen des Klägers wenig entsprechen, da die Urteilswirkung bei ihr vom guten Willen des Schuldners abhängig bliebe. S. dazu FGG § 165.

b) Trotz mangelnder positiver Bestimmung wird man dem einzelnen ein volles Klagerecht wenigstens insoweit zubilligen müssen, als die Leistung an ihn nach dem konkreten Zwecke des Verhältnisses ohne weiteres die Interessen der andern mitbefriedigt, so z. B. bei Ansprüchen auf Errichtung oder Reparatur eines gemeinschaftlichen Gebäudes, auf Räumung, auf Bestellung einer Grundgerechtigkeit. Das entspricht dem Vorbild des Römischen Rechts und der Natur der Sache, man kann es aber auch schon aus Satz 2 a fortiori folgern

c) natürlich kann durch besondere Abrede einer der Gläubiger oder jeder von ihnen für sich empfangsberechtigt gemacht werden.

2. Tritt an Stelle der unteilbaren Leistung ein **Ersatzanspruch in Geld**, so ist nach dem Vorbild des bisherigen Rechts und dem auch innerlich begründeten Wortlaut — weil keine unteilbare Leistung mehr in Frage steht, § 432 also zu Gunsten von § 420 unanwendbar wird — eine Teilung des Gesamtschuldverhältnisses in Einzelrechte anzunehmen. Jeder Gläubiger kann eben nur sein Interesse verlangen, dies freilich unverkürzt So auch Kipp zu Windscheid S. 216, d.

3. **Tatsachen in der Person des einen Gläubigers** wirken auch hier, von der Erfüllung und den Erfüllungssurrogaten des Abs. 1 abgesehen, nur **subjektiv**.

Das gilt also z. B. von Kündigung, Anspruchsverjährung, Erlaß, Konfusion: in den letzteren Fällen wächst der unteilbare Anspruch notwendig den übrigen an, s. Schwedler aaO. S. 86. Eine Aufrechnung mit einem Gegenanspruch an einen der Gläubiger ist untunlich.

Bringt der Verzug des einen Gläubigers auch die andern in Annahmeverzug? Die Frage ist äußerst bestritten; für die subjektive Wirkung Dernburg § 166, II, 4; Matthiaß 481; Kuhlenbeck-Staudinger Nr. 4; Rosenberg, Iherings Jahrb. 43 174; für die objektive Cosack § 382, I, 2a; Crome 394; Goldmann-Lilienthal 459 60; Kisch bei Grünhut 29 356; Schollmeyer Nr. 3 Abs. 2; jetzt auch Planck Nr. 2 (anders Aufl. 1) Für die bloß subjektive Wirkung spricht Abs. 2, während andererseits die Sondervorschrift in § 429 Abs. 1 hier nicht wiederholt wird, ein wertvolles argumentum a contrario. Auch innere Gründe ergeben keine weitere Wirkung. Man kann insbesondere nicht sagen, daß der Schuldner an der Leistung durch die Annahmeverweigerung auch nur eines Gläubigers gehindert werde; denn es bleibt noch immer die Möglichkeit, daß er den andern die Hinterlegung nach Satz 1 anbietet, wenn er auch an sie ohne den ersten nicht wirksam leisten kann. Er kann sie also noch immer in Annahmeverzug versetzen, und es ist nicht einzusehen, warum er davon entbunden sein soll. § 295 kann nicht in Frage kommen, da nur zur Leistung im Sinne von Satz 1, nicht auch zu der im Sinne von Satz 2 die ausgebliebene Mitwirkung des annahmeverweigernden Gläubigers nötig ist.

4. **Ausnahmen**: § 432 gilt nur, soweit nicht, durch Vertrag oder gesetzliche Spezialbestimmung, eine wahre Gesamtgläubigerschaft eingeführt ist; in diesem Falle treten die §§ 428/30 ein. Wegen der Beweislast dabei s. Wach, Beweislast im BGB., S. 27.

5. **Die internen Wirkungen** bestimmen sich nach dem zu Grunde liegenden Verhältnisse; von einer im Zweifel eintretenden Berechtigung zu gleichen Anteilen, wie in § 430, kann hier, bei unteilbaren Leistungen, füglich nicht die Rede sein. Mangels eines anderweit begründeten Gemeinschaftsverhältnisses ist ein solches im Sinne der §§ 741 ff. anzunehmen, Schollmeyer Nr. 5.

6. Einen Anspruch auf Hinterlegung, wie ihn § 432 für den dort behandelten Fall gewährt, will Hellwig, Anspruch S. 219 einem Gläubiger immer dann gewährt wissen, wenn er mit Rücksicht auf einen dritten in der Geltendmachung seines Rechts beschränkt ist; er klagt dann auf Hinterlegung für sich und den dritten. So z. B., wenn bei einem Gesamtschuldverhältnis, oder bei einer Teilberechtigung mehrerer auf eine teilbare Leistung, eine Herausgabe nur an alle zusammen vertragsmäßig gefordert werden kann (s. z. B. den Fall bei Ihering, Zivilrechtsfälle. Aufl. 10, Nr. 76). Eine derartige Verallgemeinerung erscheint in der Tat sinngemäß und unbedenklich; die Versagung eines derartigen Anspruchs könnte zu argen Unzuträglichkeiten führen.

Siebenter Abschnitt.

Einzelne Schuldverhältnisse.

Vorbemerkung.

1. **Allgemeines Prinzip des Abschnittes:** Der siebente und letzte, an Umfang mehr als zwei Drittel des Ganzen einnehmende Abschnitt des zweiten Buches befaßt sich mit einzelnen Schuldverhältnissen. Dies nicht in der Weise, daß damit ausschließend alle möglichen Arten und Formen festgestellt werden sollten, sondern nur zur Hervorhebung und Regelung der im Leben wichtigsten Typen. Daneben steht es den Parteien frei, im Rahmen der allgemeinen durch Buch I und die ersten Abschnitte von Buch II gesteckten Grenzen auch andersartige Schuldverhältnisse herzustellen. Ob und wieweit dann darauf die Sonderbestimmungen des BGB. über diese oder jene Geschäftstype Anwendung finden können, bestimmt sich nach der erweislichen oder zu unterstellenden Parteiabsicht, sowie nach den Grundsätzen der Analogie. Allgemein schreibt das BGB. nur vor, daß auf andere entgeltliche Veräußerungs- oder Belastungsverträge die für den Kauf gegebenen Vorschriften über Mängel im Recht (§§ 433—44) und über Gewährleistung wegen tatsächlicher Mängel (§§ 459—492) entsprechende Anwendung finden sollten, f. §§ 445, 493.

2. Es sind **besonders geregelt** in 25 Titeln: 1. Kauf und Tausch, 2. Schenkung, 3. Miete und Pacht, 4. Leihe, 5. Darlehen, 6. Dienstvertrag, 7. Werkvertrag, 8. Maklervertrag, 9. Auslobung, 10. Auftrag, 11. Geschäftsführung ohne Auftrag, 12. Verwahrung, 13. Einbringung von Sachen bei Gastwirten, 14. Gesellschaft, 15. Gemeinschaft, 16. Leibrente, 17. Spiel und Wette, 18. Bürgschaft, 19. Vergleich, 20. Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, 21. Anweisung, 22. Schuldverschreibung auf den Inhaber, 23. Vorlegung von Sachen, 24. Ungerechtfertigte Bereicherung, 25. Unerlaubte Handlungen.

Im Gegensatz zum ersten Entwurf, der als vornehmstes Einteilungsprinzip den Entstehungsgrund verwertete und danach zunächst drei Abschnitte bildete (Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden; Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen; Einzelne Schuldverhältnisse aus anderen Gründen), hat das BGB. in seiner Einteilung die Gesichtspunkte der inneren Verwandtschaft und praktischen Zusammengehörigkeit bestimmend sein lassen.

Von den im Entwurf geregelten Verträgen sind alle auch im BGB. behandelt, mit Ausnahme nur des Verpfändungsvertrages, §§ 681/2 Entw. I, des Vertrages, durch den sich der Schuldner oder ein Dritter dem Gläubiger gegenüber zur Sicherung von dessen Forderung durch Pfand verpflichtet. Es war dort dem Schuldner eine Haftung für die Verschaffung des Pfandrechts nach Maßgabe der Veräußerungsverträge auferlegt, andererseits bei Nichterfüllung dieser Pflicht dem Gläubiger unbeschadet seiner weiteren Ersatzansprüche ein Anspruch auf Bestellung einer anderweiten Sicherung zugebilligt. Mit Recht hat man diese Sätze gestrichen; sie sind bei dem offenbaren „Belastungs-Charakter" des Pfandvertrages durch §§ 445, 493 bereits insoweit gedeckt, als die Abrede eine entgeltliche ist (wenn z. B. die Kreditgewährung oder -erstreckung nur gegen das Versprechen der Pfandbestellung erfolgt). Für die anderen Fälle aber (z. B. Pfandbestellung für die Erfüllung eines Schenkungsversprechens, in der Regel auch solche für eine bereits bestehende, selbst entgeltliche Schuld) würde sich die strenge Verschaffungspflicht nach § 681 cit. mit den allgemeinen Haftungsprinzipien des BGB. in Widerspruch setzen, Mot. II S. 488—9.

Einzelne andere in der bisherigen Doktrin selbständig behandelte Vertragstypen, namentlich der Trödelvertrag und der Garantievertrag, sind schon in den Entwürfen nicht mehr als solche geregelt. Der Möglichkeit des Auftretens derartiger Abreden mit der von der bisherigen Doktrin entwickelten Eigenart steht das natürlich nicht entgegen.

Erster Titel.

Kauf. Tausch.

Vorbemerkung.

Bisherige Literatur: Bechmann, Der Kauf nach Gemeinem Recht, Bd. 1—3, Abt. 1, 1876, 1884, 1905. Für das neue Recht: Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag, 1899.

1. Der erste Titel des Abschnittes beschäftigt sich bis auf den letzten § 515 und die oben erwähnten Ausdehnungsbestimmungen der §§ 445 und 493 mit dem Kauf, dem wichtigsten aller vermögensrechtlichen Geschäfte.

Kauf, emtio venditio, ist der **Umsatz von Waren gegen Entgelt**. Das hat freilich das BGB. weder ausdrücklich bestimmt, noch hat es allgemeine Bestimmungen über die Grenzen des Geschäftes gegeben. Diese festzustellen, ist vielmehr hier, wie sonst, Sache der Wissenschaft und Praxis; sie werden sich dabei auf die Natur der Sache und die Ergebnisse der bisherigen Forschung, soweit sie nicht mit positiven Satzungen des neuen Rechts in Verbindung stehen, stützen können.

Danach ist zu sagen:

a) Kauf ist **Umsatz**. Nicht wesentlich ist ihm die sofortige Übergabe der einen oder der anderen Leistung, sondern erfordert wird nur ein auf sie gerichtetes Versprechen. Er erzeugt also als solcher nur obligatorische Folgen unter den Parteien, während die dingliche Wirkung erst durch hinzukommende Übergabe oder, bei Forderungen, Abtretung eintritt; die teilweise abweichende Regelung des Code civil ist dem BGB. durchaus fremd. Im Konkurse geben also die Gerechtsame des Käufers kein Aus- oder Absonderungsrecht.

Freilich fallen im Leben der (obligatorische) Schuldbegründungs- und der (dingliche) Übertragungsakt oft zusammen; namentlich beim Verkauf von Forderungen ist es angesichts der Formlosigkeit der Zession nicht immer leicht zu entscheiden und nur aus der besonderen Sachlage zu beurteilen, ob nur das Zessionsversprechen oder schon der Zessionsakt selbst vorliegt. Trotzdem muß beides für die begriffliche, aber auch die praktische Beurteilung (z. B wegen der Haftung) scharf gesondert werden; die gegenteilige Ansicht, wie sie z. B. Römer vertritt (ArchZivPrax. **62** 180) ist ganz abwegig.

Auch die bisher nicht selten vertretene Lehre (namentlich von Bähr, KrVJSchr. **30** 386 ff., Urteile des RG. S. 34—5 und die dort zitierten Erkenntnisse des ROHG., ferner auch Dernburg, Pand. II § 94 No. 3; gegen Bähr Ring, ArchBürgR. **1** 203), die in dem „Handkauf" oder „Realkauf" eine besondere, vom obligatorischen Kaufvertrag zu unterscheidende, Abart des Güterumsatzes sieht, scheint nicht billigenswert. Dagegen auch für das neue Recht die meisten, so Cosack, § 130, VII, Enneccerus S. 586, Goldmann-Lilienthal S. 469, Kober-Staudinger Nr. Id, IX 1f, Staub, Exkurs vor § 373 HGB. Anm. 27. Für den besonderen Realkauf: Dernburg § 167 III, Endemann §§ 69 No. 20, 163 Nr. 2, Matthiaß S. 518. Vermittelnd Crome S. 400,1, Planck, Vorbem. Nr. 2, Dietrich bei Gruchot **48** 219 ff. Weder die Quellen des Gem. Rechts noch das BGB. berechtigen uns zur Absonderung dieser Fälle vom wirklichen Kauf; ein obligatorischer Vertrag ist auch hier um deswillen nicht weniger zustande gekommen, weil ihm der Erfüllungsakt sofort gefolgt ist. Niemand wird zweifeln, daß aus solchen Akten der Käufer, der irrtümlich oder absichtlich den Preis nicht sofort beglichen hat, vertragsmäßig darauf hafte; ebenso der Verkäufer auf die Ware, wenn er z. B. aus Versehen zu wenig oder eine falsche eingepackt hat. Das geben auch die zuletzt genannten gemäßigteren Verfechter des Realkaufes übereinstimmend zu; sie leugnen nur, daß die Pflichten insbesondere des Käufers jemals unabhängig von der realen Leistung entstanden seien und verneinen deshalb die Beweislast für ihre Erfüllung. Daran dürfte richtig sein, daß die Parteien vor der Leistung in der Tat eine Verpflichtung zu ihr bei den Geschäften

der hier in Frage stehenden Art meist nicht übernommen haben. Aber daraus folgt nicht, daß, wenn geleistet ist, nunmehr nicht die vollen Wirkungen eines gewöhnlichen Kaufes herbeigeführt seien. Während man sonst leistet, um sich von der Schuld zu befreien, entsteht hier die Schuld erst durch die Leistung, ohne darum logisch in ihr aufzugehen.

Praktisch bedeutsam wird die Frage möglicherweise bei der Beweislast. Die Gegner sehen in den Fällen des Realkaufs in der Berufung des auf Zahlung belangten Käufers darauf ein Leugnen des Klagegrundes: er bestreite das vom Kläger behauptete obligatorische Kaufgeschäft, indem er nur den davon angeblich verschiedenen Realakt zugebe, und wende damit dem Kläger die Beweislast zu.

Nach der hier vertretenen Ansicht liegt kein zwingender Anlaß vor, dem Käufer die allgemeine Beweispflicht wegen der Erfüllung abzunehmen. Dies umsoweniger, da das BGB. auch derartige Fälle von der allgemeinen Quittungspflicht (§ 368) nicht ausnimmt. Fordert der Käufer eine Quittung — die übrigens auch beim Handkauf im Verkehr keineswegs selten ist — nicht, so tut er das auf seine Gefahr. Auch ist diese Gefahr bei den kleinen Geschäften des täglichen Lebens, um die es sich dabei meist handeln wird, erfahrungsgemäß nicht so erheblich. Und der praktische Takt des Richters wird einer Klage auf das Kaufgeld aus solchen Geschäften, bei denen eine Barzahlung allgemein üblich ist, von vornherein mit erheblichem Mißtrauen begegnen; er wird — darauf machen auch Goldmann-Lilienthal und Rosenberg (Beweislast S. 103) mit Recht aufmerksam — vielfach auf Grund eines allgemeinen Erfahrungsgesetzes den Beweis der Zahlung vorbehaltlich des Gegenbeweises ohne weiteres als erbracht ansehen dürfen.

Ganz zweifellos ist freilich m. E. auch von dem hier eingenommenen Standpunkt die Beweislast des Beklagten nicht. Daß er rechtsvernichtende Tatsachen beweisen muß, ergibt sich aus der Erwägung, daß rechtliche Änderungen in der Regel nicht vermutet werden. Hier aber, wo Vertragsschluß und Erfüllung zeitlich zusammenfallen, steht eine nachträgliche Beseitigung einer vorher entstandenen Pflicht nicht in Frage, sondern nur ein einheitlicher Tatsachenkomplex. Die Frage bedarf zum mindesten noch weiterer Nachprüfung. S. auch die verschiedenen in den Kommissionsverhandlungen aufgetauchten Ansichten, Prot. II. S. 54—6.

Ob beide Leistungen oder wenigstens eine sofort beim Vertragsschluß real gegeben werden, bezw. werden müssen, ist auch sonst für den Begriff gleichgültig; übrigens scheidet man danach Baar-, Kredit- und Pränumerationskauf. In Rom freilich war der Eigentumsübergang ex causa emtionis dadurch bedingt, daß der Kaufpreis bereits gezahlt oder mindestens ausdrücklich kreditiert war; jedoch ist dieses „funktionelle Synallagma" (Bechmann) dem neuen Recht ebenso fremd, wie bereits dem Landrecht und SächsGB., s. Mot. S. 318.

b) **Ware**, merces. Als solche kann jedes Gut dienen, das Vermögenswert hat. Besonders aufgeführt sind in § 433 „Sachen" und „Rechte". Aber sie erschöpfen nicht den Kreis der möglichen Kaufobjekte, wie Enneccerus § 240 Nr. 4 auffälligerweise für das GR. wie das BGB. behauptet (obwohl er andererseits Nr. 3b in der sog. emtio spei mit Recht den Kauf einer bloßen Gewinnchance erblickt!); man kann vielmehr auch kaufen Befreiung von vorhandenen Lasten, ferner bloß faktische wirtschaftliche Vorteile (eine Kundschaft, ein Geschäftsgeheimnis, ein Zeitungsunternehmen, s. die Fälle in Entsch. d. RG. Bd. 37 Nr. 46 S. 176, sowie bei Seuffert 59 Nr. 5 S. 12, wo die Übertragbarkeit in nicht unbedenklicher Weise wegen der „Höchstpersönlichkeit" des Rechtsguts freilich verneint wird), ferner auch selbst bloße Chancen (z. B. ein Los, einen Fischzug: sogen. **emtio spei,** l. 8 § 1 D. 18,1). Sehr mit Unrecht sehen manche, namentlich Bechmann Bd. II S. 143 und Fr. Endemann in Grünhuts Zeitschr. **12** 345ff. das Objekt nur in den vielleicht entstehenden künftigen Sachen, s. dagegen Dernburg, Pand. II § 94 No. 13—4; E. Braun, Finden die Grundsätze des Kaufs auf die emtio spei Anwendung?, 1896. Die gegenwärtige Chance hat eben als solche schon einen gewissen Vermögenswert; sie muß freilich auch objektiv vorhanden sein, damit ein gültiger Kauf zustande komme — also z. B. kein Kauf über ein schon gezogenes Los selbst bei Unkenntnis der Kontrahenten darüber, s. RG. Bd. 6 Nr. 79 S. 290 —, dagegen ist das Existentwerden des erhofften Gegenstandes gleichgültig, da er ja gar nicht das Kaufobjekt bildete.

Doch sind Endemann S. 933 Anm. 17 und Cosack § 122, IV, 1 a. E. auch für das neue Recht anderer Ansicht. Es läge ein Kauf künftiger Sachen unter Übernahme der Gefahr ihres Entstehens vor. Die Hoffnung dagegen als „seelischer Affekt"

sei kein möglicher Gegenstand des Umsatzes. Das ist aber auch wohl nie behauptet worden: nicht die subjektive Hoffnung wird verkauft, sondern die objektiv vorhandene, für den feinfühligen Verkehr vielfach sehr sicher abschätzbare Gewinnchance.

Daneben ist natürlich der Kauf des zukünftigen Gegenstandes als solchen möglich (sogen. **emtio rei speratae**); er steht unter der aufschiebenden Bedingung, daß jener zur Entstehung gelange. So namentlich beim Verkauf von Früchten (§ 99), einer Ernte.

Daß das BGB. solche Geschäfte nicht besonders behandelt, macht gegen ihre Zulässigkeit umsoweniger etwas aus, als die Absichten der Verfasser erweislich nicht auf ihre Beseitigung gingen, s. Mot. S. 320: man sah nur besondere Bestimmungen darüber als überflüssig an. Es werden somit die allgemeinen Kaufregeln darauf zur Anwendung kommen, nur insofern modifiziert, als es die Eigenart des Kaufobjektes erfordert.

c) Der **Preis**, pretium, muß in Gelde bestehen. Das entspricht dem Sprachgebrauch, dem Vorbild des bisher überall geltenden Rechts und der Erwägung, daß sonst eine Abgrenzung des Kaufes von dem auch im BGB. als selbständig angesehenen Tausche (§ 515) nicht durchführbar wäre. A. A. grundlos Landé § 433 No. 10, der auch andere vertretbare Sachen als Preis zuläßt.

Daneben können freilich auch sonstige Leistungen ausbedungen werden, s. § 473 — aber nur als Nebenleistungen; stellen sie mehr als das vor, so ist in Wahrheit ein Tausch oder doch ein gemischtes Geschäft vorhanden, das als Kauf höchstens bis zu der auf den Geldanteil der Gegenleistung entfallenden Wertquote der Ware anzusehen ist. Dagegen bleibt es Kauf, wenn nur an Stelle des vereinbarten Kaufpreises nachher Waren gegeben werden. So besonders E. I § 460.

Andererseits liegt nicht überall schon um deswillen Kauf vor, weil die Leistung des einen Teiles in Geld besteht: es kann auch ein bestimmtes Geldstück als Individuum, nicht bloß als Wertträger, in Betracht kommen. Dann erscheint es als Ware, nicht als Preis, und das Geschäft ist Tausch, falls nicht die Gegenleistung des andern in Geld besteht.

Wie aber, wenn beide Teile Geldmünzen gegen einander austauschen (**Geldwechslergeschäft**)? Auch dann wird richtiger Ansicht nach bei inländischem Geld kein Kauf anzunehmen sein, weil die zu diesem erforderliche Verschiedenheit der beiderseitigen Verpflichtungen fehlt, sondern entweder Tausch, oder m. E. noch treffender ein besonderes Geschäft, bei dem jede Partei, wie beim Tausch die spezifischen Verkäufer-, so hier die Käuferpflichten zu übernehmen hat, das also gewissermaßen den konträren Gegensatz des Tausches darstellt, während der Kauf in der Mitte steht.

Dagegen ist der Austausch inländischer Münzen gegen ausländische Kauf, ob auch der gegen inländische Banknoten oder Kassenscheine, ist angesichts ihres zwar nicht formaljuristisch, aber verkehrsmäßig geldmäßigen Charakters sehr zweifelhaft. S. über die Fälle des Geldwechselgeschäftes auch Flesch in Jherings Jahrb. **19** 334 ff. und vorzüglich Riesser daselbst **20** 201 ff.

d) daß Ware und Preis in einem bestimmten **Wertverhältnis** stehen müßten, ist nach den Prinzipien des modernen Rechts nicht erforderlich; eine Anfechtung des Kaufes wegen **laesio enormis**, wie sie das spätrömische Kaiserrecht einführte, das Gemeine Recht noch erweiterte und das Landrecht aufnahm, ist dem BGB. nach handelsrechtlichem Vorbild fremd. Der berechtigte Kern jener Bestimmungen wird sich indes mit Hilfe der gegen das wucherische Geschäft gerichteten Sätze des § 138 durchsetzen lassen, s. Bem. dazu.

Wohl aber muß der Kaufpreis **ernstlich gemeint** sein (pretium verum); andernfalls liegt eine verschleierte Schenkung vor. Siehe darüber und insbesondere über den Fall des sog. negotium mixtum cum donatione Bem. 8 zu § 516.

2. Neben dem Kauf ist der **Lieferungsvertrag** nicht besonders geregelt, anders als im Landrecht (I, 11, § 981), aber wie im Gemeinen Recht und im bisherigen HGB. Art. 338. Es handelt sich dabei in Wahrheit nur um einen, allenfalls besonders ausgeprägten, Kauf.

Schwierig und in den einzelnen Gesetzgebungen verschieden beantwortet ist die **Abgrenzung des Kaufes vom Werkvertrag.** Der Vertrag, laut dessen sich jemand gegen Entgelt zur Herstellung und demnächstigen Übereignung einer Sache verpflichtet,

war nach RR. Kauf, wenn der Hersteller das Material oder doch den wesentlichsten Teil davon liefert, sonst locatio conductio operis. Die Behandlung im neuen Recht ergibt sich aus § 651, s. Bem. dazu.

3. Über die im Leben zahlreichen **Nebenverträge** beim Kauf enthält das BGB. nur zum Teil Sonderbestimmungen. Es kommen vorzüglich vor und sind im Gesetz erwähnt:

a) lex commissoria, s. darüber § 346ff. und Bem. dazu.

b) Vorbehalt des Eigentums, § 455, s. auch Mot. S. 313. Er berührt im Gegensatz zu der Klausel zu a) nur den dinglichen Übertragungsakt, nicht das obligatorische Kaufgeschäft.

c) Kauf nach und auf Probe, §§ 494 ff.

d) Wiederkaufsrecht, §§ 497 ff.

e) Vorkaufsrecht, §§ 504 ff.

Nicht besonders erwähnt sind dagegen:

a) das pactum hypothecae, das aber als solches mangels eines weiteren Bestellungsaktes kein eigentliches Pfandrecht verleihen kann, sondern nur einen Pfandrechtstitel.

b) die addictio in diem, der Vorbehalt des besseren Käufers; sie war im Entw. I §§ 474—5 behandelt, doch wurden die fraglichen Bestimmungen im Entw. II gestrichen, da das Institut dem modernen Rechtsleben fremd sei.

Natürlich hindert die Parteien nichts, im Einzelfall trotzdem eine derartige Abrede abzuschließen, deren Sinn und Tragweite sich dann nur aus der Eigenart des einzelnen Vertrages ergibt. Die römischen Sätze in tit. Dig. 18,2 werden zum Teil noch gute Fingerzeige für die Auslegung geben können.

I. Allgemeine Vorschriften.

§ 433.

Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer eines Rechtes ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen und, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben.

Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

E. I 370, 459, E. II 375, RB. 427. — Mot. S. 316—22, 211—4; Prot. S. 563—4, II S. 50—6, D. S. 87.

Abnahmepflicht 3b Abs. 2.	**Pflichten des Käufers** 2.	**Übergabe** 2aα.
Eigentumsverschaffung 2aβ.	**Pflichten des Verkäufers** 3.	**Zubehör** 2d.
	Preiszahlung 3a.	

1. § 433 regelt zunächst die **Verpflichtungen der beiden Teile im allgemeinen**; die Einzelausführung und die Folgen der Nichterfüllung finden sich sodann in den folgenden Paragraphen. Übrigens bestimmen diese sich aus den allgemeinen Sätzen des Schuldrechts: der Gläubiger kann also zunächst auf Erfüllung der Pflichten klagen, und wenn diese durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich wird, sowie bei Verzug, auf Schadensersatz.

2. **Pflichten des Verkäufers.**

a) Der **Verkäufer einer Sache ist verpflichtet**:

α) zur realen **Übergabe**; was zu ihr gehört, ergibt sich aus §§ 854, 929ff., s. Bem. dazu. Um sie demnächst zu ermöglichen, muß der Verkäufer natürlich die Sache auch inzwischen sorgfältig (im Sinne von § 276) aufbewahren.

Wann und wo er liefern muß, ergeben die allgemeinen Grundsätze. Ist, wie in der Regel, Zug um Zug zu leisten, so kann der die Versendung übernehmende Verkäufer diese nicht von vorgängigem Empfang des Preises abhängig machen, sondern

nur Bestimmungen treffen, daß die Ware am Bestimmungsorte dem Käufer erst gegen Bewirkung der Gegenleistung ausgehändigt werde, Entsch. d. ROHG. 18 Nr. 86 S. 322, d. RG. bei Seuffert 46 Nr. 37 S. 59.

Es fragt sich, ob der Verkäufer seiner Übergabepflicht auch durch constitutum possessorium oder Abtretung des Eigentumsanspruches genüge leisten könne? Der letztere Weg ist offenbar unzugänglich, weil dabei der Käufer den Besitz nicht, wie das Gesetz will, vom Verkäufer erhält, sondern sich erst mit Hilfe eines Prozesses vom Drittbesitzer verschaffen muß. Dagegen ist trotz Emerich S. 35 hinsichtlich des constitutum possessorium anders zu entscheiden. Das ergibt trotz des bedenklichen Wortlautes („Übergabe") die Erwägung, daß dem Käufer auch hier Besitz, wenigstens „mittelbarer", verschafft wird. Da übrigens das Konstitut nach § 930 eine Vereinbarung der Parteien erfordert, kann im Abschluß einer solchen mindestens ein, zweifellos rechtswirksamer, Verzicht auf die körperliche Übergabe gefunden werden; die Auslegung nach Treue und Glauben (§ 157) verhindert den Käufer, der an der Kaufsache dem Verkäufer Nießbrauch bestellt oder sie ihm vermietet hat, demungeachtet nach § 433 Abs. 1 ihre Übergabe zu verlangen.

Auch bei der Vindikationszession ist die Übergabepflicht wenigstens dann erfüllt, wenn der Käufer die Sache vom Drittbesitzer erlangt hat; dies nach dem Gesichtspunkt der Zweckerreichung.

β) **zur Verschaffung des Eigentums.** Diese Pflicht entspricht dem Landrecht (I 11, § 1) und dem Code (Art. 1582—3), während das Römische Recht und das SächsGB. nur auf habere licere haften ließen. Übrigens ist das jüngere Römische Recht in manchen Punkten bereits darüber hinausgegangen, anscheinend überall da, wo sich ein besonderes Interesse des Käufers an der Eigentumsübertragung ergab, s. Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums, 1874. Dazu auch neuestens die sorgfältige Untersuchung von Rabel, Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Recht, 1902.

Zur Verschaffung des Eigentumes gehört natürlich auch die Teilnahme an den dazu erforderlichen Übereignungsakten wie Auflassung, Übergabe. Daß der Verkäufer gerade selbst Eigentümer sei, ist nicht schlechthin erfordert; es genügt, wenn er den Käufer, wenn auch nur kraft dessen guten Glaubens aus §§ 892 oder 932, zum Eigentümer macht.

Zweifelhaft ist das Verhältnis der beiden Pflichten zu α) und β): stehen sie nebeneinander, oder ist es nur eine einheitliche Pflicht mit doppeltem Inhalt? Die Frage ist wichtig, falls nur eine von ihnen nicht erfüllt werden kann — das ist nach der ersten Ansicht teilweise, nach der zweiten vollständige Unmöglichkeit. Für sie entscheidet sich Titze, Unmöglichkeit S. 44, für die erste die herrschende Lehre, besonders Kipp zu Windscheid S. 635, Planck Aufl. 1 zu § 440 Nr. 4, Schöller bei Gruchot 46 7—9. Dies mit Recht: freilich kann die Eigentumsverschaffung für den Vertragszweck so entscheidend sein, daß derselbe ohne sie auch nicht teilweise befriedigt wird, z. B. jemand verpflichtet sich gegen Entgelt zur Verschaffung einer Sache, die notorisch einem dritten gehört und von diesem, falls er nicht in die Überlassung an den Käufer willigt, sofort ohne Möglichkeit einer Einwendung dagegen dem Käufer abgestritten werden würde. Aber derartiges kommt auch sonst als Folge teilweiser Unmöglichkeit vor, s. § 280 Abs. 2 Satz 1 und Bem. dazu, und es trifft zudem nicht immer, sondern nur ausnahmsweise zu, so z. B. in der Regel nicht beim Verkauf verbrauchbarer Sachen, eines zur einmaligen Lektüre bestimmten Buches; auch dann in der Regel nicht, wenn das Recht des dritten noch zweifelhaft oder schwer beweisbar ist. Daher begründet die Nichtverschaffung des Eigentums denn auch keineswegs allgemein, sondern nur unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 2 Satz 1; 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 3 einen Schadensersatzanspruch wegen vollständiger, sonst nur einen solchen wegen teilweiser Nichterfüllung (s. Schöller aaO. S. 8), und auch das bei Mobilien nur unter den Beschränkungen des § 440 Abs. 2. Entsprechendes gilt, wenn zwar das Eigentum, aber nicht der Besitz verschafft ist.

Richtig ist, daß, wenn der Verkäufer dem Käufer statt des Eigentums nur ein Recht an fremder Sache verschafft hat, dadurch die Übereignungspflicht in der Regel auch nicht einmal teilweise erfüllt ist (Titze aaO.). Anders aber, wenn statt des Voll- nur Miteigentum, oder wenn nur ein mit Rechten an fremder Sache belastetes Eigentum verschafft worden ist (Kisch zu Titze S. 515—6, KVJSchr. 44).

Auch der **Charakter der Rechtsverschaffungspflicht** als solcher ist neuestens streitig geworden: nach Schloßmann (Jherings Jahrb. **45** 97ff., bes. S. 101, 113, 118) bedeutet sie in Wahrheit nur eine Pflicht zur Vornahme derjenigen Handlungen, die seitens des Verpflichteten zur Herstellung des Rechtserfolges nötig sind, sowie eine **Garantiepflicht** für den Fall, daß das Recht nicht verschafft ist. Dagegen Siber, Rechtszwang S. 164ff., Planck Nr 6, a, β, ββ, mit Recht! Allerdings ist von Schloßmanns These die erste Hälfte richtig — der Verkäufer kann nicht verpflichtet sein zur Herstellung der abstrakten Rechtswirkung, sondern nur zur Vornahme der dazu dienlichen konkreten Handlungen, die in der Regel nur in Verbindung mit einem entsprechenden Verhalten des Käufers zum Erfolge führen können. Aber eine solche Mitwirkung des Gläubigers ist auch zu zahlreichen anderen Leistungen unerläßlich, s. § 295 und Bem. dazu, ohne ihnen darum den Charakter als wahrer Leistungen zu entziehen. So widerlegt Schloßmann nur eine verfehlte Auffassung vom Wesen der Verschaffungspflicht, nicht diese selbst. Daß das Gesetz sie von der Gewährleistungs- (Garantie-) pflicht unterscheidet, diese als eine besondere und zwar jener gegenüber lästigere ansieht, ergibt sich deutlich aus § 440 (so auch Siber aaO.). Daraus folgt übrigens auch m. E., daß der gutgläubige, zu ihrer Verschaffung — etwa wegen § 935 — unfähige Verkäufer einer fremden Sache sich über die inhaltliche Tragweite der übernommenen Pflicht geirrt hat und daher unter Umständen den Kauf nach § 119 anfechten kann, so richtig Dernburg § 169 Anm. 4, v. Seeler DJZ. 1899 S. 16. Wenn aber Siber S. 168 für diesen Fall den Verkäufer von vornherein nur zur Gewährleistung, nicht zur Verschaffung, verpflichtet sein läßt, so hat das m. E. keine Grundlage im Gesetz und wird auch durch keine zwingenden inneren Gründe bestätigt. Jedenfalls würde es die Anfechtbarkeit unnötig machen: denn die Gewährleistungspflicht ist ohne Zweifel lästiger als die Verschaffungspflicht, die der Verkäufer sich vorgestellt hat.

γ) Sehr schwierig ist die Frage, ob sich die vertragsmäßige Leistungspflicht des Verkäufers auch auf die Freiheit der Sache von tatsächlichen Mängeln beziehe. Daß der Verkäufer sie in verschiedener Weise vertreten muß, ist zweifellos, s. §§ 459ff.; aber aus der Vertretungs- oder Gewährleistungspflicht wegen vorhandener Mängel folgt keineswegs notwendig eine Verschaffungspflicht der Ware als einer mangelfreien; auch in § 433, dem Kardinalsatz des Kaufrechts, ist eine solche nicht erwähnt.

Trotzdem nehmen die meisten an, daß zu einer vollwertigen Erfüllung der Verkäuferpflichten die Mängelfreiheit der Ware gehöre, so Dernburg § 185 und DJZ. **03** 4, Emerich S. 68, Endemann § 168 Anm. 31, Eccius bei Gruchot **43** 268, 306, 309—10, Kisch, Unmöglichkeit S. 193ff., Titze, Unmöglichkeit S. 274, Schöller bei Gruchot **46** 19ff. Alsdann begründet der Mangel, wenigstens soweit nicht heilbar, teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung, und ihre Folgen müßten insoweit eintreten, als die allgemeinen Sätze nicht durch §§ 459ff. zurückgedrängt sind; das Angebot der mangelhaften Sache braucht sich der Käufer als vertragswidriges nicht gefallen zu lassen; er könnte den Verkäufer desselben ungeachtet in Verzug setzen, und seiner Klage auf den Kaufpreis die Einrede aus § 320 je nachdem ganz oder teilweise entgegensetzen, (insbesondere für letzteres auch OLG. Celle bei Seuffert 59 Nr. 197 S. 349).

Neuestens mehren sich aber auch die gegenteiligen Stimmen, so besonders J. U. Schroeder, Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf; Berlin 1903, S. 1ff. und in trefflicher Darstellung Schollmeyer, Jherings Jahrb. **49** 93ff., ferner Crome § 220 Anm. 4 und Z. 7, Fr. Leonhard, Beweislast S. 393, s. auch Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 19.

Die Frage ist verschieden zu beantworten:

αα) Beim Gattungskauf dürften die für die Bejahung sprechenden Gründe überwiegen, da § 480 hier dem Käufer einen Anspruch auf Lieferung eines mangelfreien Stückes gewährt. Die Polemik Schollmeyers dagegen aaO. erscheint insoweit nicht durchschlagend, s. Bem. zu § 480.

ββ) Anders beim Spezieskauf. Keine Vorschrift weist auf die von den Gegnern angenommene Vertragspflicht hin, auch nicht § 459, auf den man sich meist beruft. Der Ausdruck „haften" spricht nicht dafür: er ist an sich farblos, da er auch auf eine bloße Gewährschaftspflicht paßt, und erst durch die folgenden Einzelbestimmungen erläutert wird. Im Gegenteil spricht § 463 gegen die herrschende Meinung, indem er eine Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung nur für einen Teil der Haftungsfälle

des § 459 ausspricht (s. unten γγ) — für die übrigen, regelmäßigen ist diese damit ausgeschlossen, was eine höchst seltsame Anomalie bedeutete, wenn die Lieferung einer mangelhaften Ware teilweise Nichterfüllung darstellte. Gegen sie spricht auch, daß das Gesetz dem Verkäufer wegen des Mangels weder eine Pflicht zur Nachbesserung noch umgekehrt ein Recht dazu gewährt, im charakteristischen Gegensatz zum Werkvertrag, §§ 633 Abs. 2, 634. Die Gegenmeinung wird aber auch dem zu unterstellenden Parteiwillen nicht gerecht; wer eine bestimmte Sache verkauft, will sie doch so, wie sie ist, in ihrer konkreten Leiblichkeit, übertragen; daß er sie ohne weiteres als eine tadellose zu liefern verspräche, läßt sich aus dem Verkauf als solchem nicht entnehmen.

So ist denn sowohl aus dem Gesetz wie aus dem vermutlichen Parteiwillen nur eine Erfüllungspflicht auf Lieferung der Sache in der zur Zeit des Vertragsschlusses bestehenden Beschaffenheit zu folgern; übrigens besteht nur eine Gewährleistungspflicht (Schollmeyer S. 104). Unanwendbar sind somit die Regeln über teilweise Unmöglichkeit der Leistung, teilweisen Verzug usw.

Zweifelhaft ist trotzdem die Frage, ob der Käufer die Ware wegen des vertretbaren Mangels ablehnen dürfe? Dafür natürlich Dernburg, ebenso bei Grundstücksmängeln, die dem Käufer das Interesse am Erwerbe nehmen — nicht auch darüber hinaus allgemein — RG. JS. V vom 22. XI. 1902, Bd. 53, Nr. 20 S. 73ff. Dagegen Schollmeyer S. 95—7 vom Standpunkt seiner Lehre, und zwar mit Recht. Allerdings gewährt das Gesetz dem Käufer neben dem Anspruch auf Wandelung und Minderung auch eine entsprechende Einrede, § 478, und zwar im Fall der Wandelung wohl nicht nur gegenüber dem Preiszahlungs-, sondern auch gegenüber dem Abnahmeanspruch des Verkäufers (anders anscheinend RG. aaO. S. 73, das die Wandelung bei Grundstücken erst nach der Übergabe zuläßt). Insoweit treten offenbar auch die Verzugswirkungen nicht ein. Aber darüber hinaus wird der Käufer An- und Abnahme nicht weigern dürfen, ohne in Verzug zu kommen, insbesondere kann er sich ihnen wegen des Mangels nicht entziehen, wenn er nur mindern will; er käme dadurch in Annahme-, wegen des verbleibenden Restkaufpreises und der Abnahme auch in Leistungsverzug. Und soweit er weder Wandelung noch Minderung begehrt, kann er sich auf Grund der bloßen Tatsache des Mangels seinen Vertragspflichten überhaupt nicht entziehen. Er hat nur eine Wandelungs-, nicht eine allgemeine Mängeleinrede.

γγ) Sehr zweifelhaft ist die Frage, ob sich an dem Gesagten durch eine **besondere Zusicherung der Mängelfreiheit** etwas ändere? Alsdann haftet der Verkäufer nach § 463 freilich auf Schadensersatz. Ob das aber eine vertragsmäßige oder eine gesetzliche Pflicht; ob damit die Lieferung der Ware als einer mangelfreien geradezu als Bestandteil der Vertragsleistung übernommen sei, ist zweifelhaft. Dafür besonders Eccius bei Gruchot 43 309, Planck zu § 459 Nr. 2a, dagegen Schollmeyer aaO. S. 98: Die Zusicherung enthalte nicht die Übernahme einer Erfüllungspflicht, sondern nur die einer Garantie für das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft oder die Abwesenheit des Mangels. So auch Meisner, Viehgewährschaft S. 13, 16. M. E. kann die Entscheidung nur nach dem besonderen Sinn der einzelnen Abrede gegeben werden; im Zweifel wird sie allerdings wiederum nur den von Schollmeyer angenommenen Sinn haben, insbesondere dürfte — was auch Eccius S. 310 zugibt — vom Käufer damit keine Herstellungspflicht wegen der Eigenschaft als übernommen gelten.

δ) Bei der Rechtsverschaffungspflicht zu β) und der bloßen Gewährleistungspflicht zu γ) handelt es sich zunächst überall nur um die Wirkungen von Mängeln, die zur Zeit des Verkaufsabschlusses bereits bestehen; für später eintretende gilt teilweise besonderes, s. darüber Bem. zu § 440 und, wegen faktischer Mängel, zu § 459.

ε) Erfüllt der Verkäufer seine Pflichten zu α—β nicht, so kann der Käufer auf Erfüllung der einen oder andern klagen, also z. B. auf Eigentumsverschaffung; eine Klage auf Übergabe und Auflassung (so Eccius bei Gruchot 41 885) ist nicht zweckentsprechend, weil diese Akte nicht unbedingt zur Rechtsverschaffung genügen.

b) Der Verkäufer eines Rechtes haftet auf **Verschaffung des Rechtes** und eventuell auf Übergabe der Sache, an der es besteht oder bestellt werden soll: dies z. B. beim Nießbrauch, Erbbaurecht und anderen „zum Besitz der Sache berechtigenden Rechten“.

c) auf den **Verkauf anderer Gegenstände** wird das gesagte entsprechende Anwendung finden. Der Veräußerer ist hier, wo es sich nicht um Rechte handelt, natürlich nur zur faktischen Realisierung verbunden. Ob und inwieweit er zu diesem Zwecke noch besonders positiv tätig sein muß, ist Tatfrage (Fischzug!).

d) Daß mit dem Hauptgegenstand auch das **Zubehör** herauszugeben ist, ergibt § 314. Wegen der etwaigen **Akzessionen** ist der besondere Parteiwille entscheidend; über die **Nutzungen** s. § 446 und Bem. dazu.

3. **Pflichten des Käufers:**

a) Die Verpflichtung zur **Preiszahlung** entspricht dem geltenden Recht. Über die Bestimmung des Preises s. § 453, über die etwaige Zinspflicht § 452 und Bem. dazu. Keine besonderen Bestimmungen enthält das Gesetz über den Erfüllungsort dieser Pflicht; es ist daher der allgemeine § 270 maßgebend. Die Ansicht von Reatz (Gutachten aus d. Anwaltstande S. 550–6), daß darüber hinaus der eigentliche Erfüllungsort für die Zahlungspflicht des Käufers beim Verkäufer sei, geht zu weit und hat im Gesetze keinerlei Anhalt.

Im Leben kommen Abreden vor, wonach der Käufer den Preis ganz oder teilweise abarbeiten muß. Sie sind, genügend bestimmten Inhalt vorausgesetzt, verbindlich, s. Entsch. bei Seuffert 59 Nr. 30 S. 36. Juristisch wird man darin wohl nicht eine bloße „Nebenabrede“ des Kaufs (so die zit. Entsch.), auch nicht einen mit dem Kauf verbundenen Dienstvertrag erblicken mit der weiteren Abrede, daß der Preis mit dem Lohnanspruch als aufgerechnet gelten soll — denn das wäre nach § 394 nicht immer möglich — sondern einen einheitlichen, aus Bestandteilen von Kauf- und Dienstvertrag gemischten Kombinationsvertrag. S. auch den ähnlichen Fall bei Hohenstein, Gruchots Beitr. 48 721, wo man mit einer bloßen Abnahmepflicht (unten b) nicht auskommt — sie rechtfertigt nicht die Möglichkeit eines völligen Fehlens des Preises, auch nicht die Pflicht des „Käufers“, die zur Ermöglichung der „Abnahme“ nötigen Vorbedingungen auf seine Kosten herzustellen.

b) Daneben legt das Gesetz dem Käufer in Abs. 2 eine **Abnahmepflicht** wegen der — vertragsmäßig angebotenen — Ware auf, s. dazu Jacobi, Iherings Jahrb. **45** 237 ff., G. Lehmann, DJZ. **02** 491. Das RR. hatte eine solche höchstens in ganz besonderen Fällen anerkannt, s. z. B. l. 9 D. 19,1 und dazu Dernburg, Pand. II, § 9., No. 4: nur bei besonderem dahingehenden Interesse des Verkäufers, ebenso Entsch. d. RG. Bd 5 Nr. 111 S. 392 u. Bd. 30 Nr. 35 S. 118; weiter gingen aber schon das Landrecht (I, 11, § 215) und das HGB. Art. 340.

α) Welche Bedeutung diese Pflicht hat, ist nicht ganz unzweifelhaft. Nach Kohler (ArchBürgR **13** 241) kann des Wortlauts ungeachtet nicht auf Abnahme geklagt werden, sondern nur auf Feststellung der Befreiung des Schuldners durch gewisse wegen der Nichtabnahme von ihm vollzogene Manipulationen. Ähnlich Romeick, Fristbestimmung S 56 ff. (Abnahme sei „die Erfüllung einer Gläubigerpflicht“). Das scheint mir unhaltbar und würde den ganzen Passus inhaltlos machen; denn eine solche Feststellungsklage wäre doch auch ohne ihn statthaft! Übrigens nimmt K. das Gegenteil wenigstens für den Fall an, daß mit der Abnahme auch eine Leistungspflicht verbunden ist (S. 245) — aber das ist eben angesichts des Wortlauts hier wie im § 640 gerade anzunehmen! **Für die Klagbarkeit der Abnahmepflicht** auch Mot. S. 318, Verhandlungen der Kommission in Prot. II S. 53–4, sowie die weitaus meisten Schriftsteller, z. B. Cosack § 130, VI; Laband, ArchZivPrax. **74** 306, Jacobi aaO., Rosenberg, Iherings Jahrb. **43** 247, 253, auch RG. JS. II vom 9. XII. 1902, Bd. 53 Nr. 40 S. 162–3 (wo allerdings betont wird, daß die Abnahmepflicht keine gleichwertige Hauptpflicht sei neben der Zahlungspflicht, wichtig für § 326, s. Bem. dazu) und vom 6. XI. 1903, Bd. 56 Nr. 33 S. 141–2.

β) **Wesentlich** ist die Abnahmepflicht dem Kaufgeschäft nicht, sie kann vielmehr vertragsmäßig ausgeschlossen werden, RG. Bd. 57 Nr. 25 S. 110–1 und OLG. Marienwerder bei Seuffert 59 Nr. 73 S. 133 gegen Düringer-Hachenburg, Kommentar zum HGB. III S. 108 ff.

γ) Ihr **Erfüllungsort** ist der allgemeine, d. h. der Wohnsitz des Käufers als Schuldners, RG. 49 Nr. 19 S. 74. Dies auch beim Gattungskauf und auch wenn die Schuld des Verkäufers an dessen Wohnort zu erfüllen war, RG aaO., OLG. Posen in Rspr. II S. 150 Nr. 124 b, OLG Colmar Zeitschr. f. ElsLothr. **26** 355; dies wenigstens beim Versendungskauf. Sollte die Versendung freilich an einen dritten Ort erfolgen, an dem der Käufer nicht Wohnsitz oder Niederlassung hatte, so ist in der Abmachung zugleich auch eine Erhebung dieses dritten Ortes zum Erfüllungsort für die Abnahmepflicht im Zweifel ohne weiteres zu finden. Ähnlich Staub, Exkurs vor HGB § 373 Anm. 46. Und bei gewöhnlichen Geldschulden ist, gleichfalls mit

Staub, aus der Natur der Sache zu folgern, daß Erfüllungsort für die Abnahmepflicht der Wohn- oder Niederlassungsort des Verkäufers sei. Denn andernfalls müßte dieser, um die Abnahmepflicht in Aktivität zu bringen, mehr tun, als ihm nach dem Vertrage zu tun obliegt.

δ) Über die **Voraussetzungen des Abnahmeanspruchs** s. RG. 3S. II vom 22. XII. 1903, Bd. 56 Nr. 42 S. 176ff.: er setzt voraus, daß die Ware vom Verkäufer bereits hergestellt oder angeschafft, daß sie überhaupt zur körperlichen Wegnahme bereit sei.

ε) Endlich ist auch der **Begriff der Abnahme** selbst zu bestimmen. Einige fassen ihn vorwiegend negativ, so Jacobi S. 278: Der Käufer sei nur verpflichtet, die Sache weg-, dem Verkäufer vom Halse zu schaffen, und leugnen die Pflicht daher in den Fällen, wo der Verkäufer an der Wegschaffung kein Interesse habe, indem er die Ware z. B. durch Dereliktion oder sonstwie auch ohnedies loswerden könne, oder wo er sie zur Zeit des Annahmeverzugs selbst gar nicht in Besitz habe. Andere dagegen verlangen zur Abnahme, daß der Käufer die Ware positiv an sich nehme; sie ist ihnen „die körperliche Hinwegnahme zwecks Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt", so Lehmann aaO. S. 493, Bechmann Kauf III S. 158, Planck Nr. 7b Abs. 3, Rosenberg, Jherings Jahrb. 43 256, ferner RG. Bd. 53 Nr 40 S. 162 und Bd. 56 Nr. 42 S. 175 (herrschende Ansicht). Noch weitergehend identifizieren einzelne die Abnahme mit der Annahme (Ann. als Erfüllung im Sinne des § 363 oder gar Ann. unter Billigung). Letzteres ist für die Abnahmepflicht des Bestellers beim Werkvertrage, § 640 Abs. 1, sogar herrschende Meinung, für die des Käufers wird es nur selten behauptet, so z. B. von G. Rümelin, Dienst- und Werkvertrag S. 227. Dagegen soll die Abnahme mit der Annahme überhaupt zusammenfallen nach Laband ArchZivPrax. 74 304, Cosack aaO. Nr. VI, 1, Staub zu § 373 HGB. Anm. 1, 4–5 (der daher auch ein endgültiges Behaltenwollen der Ware zur Abnahme fordert). S. auch Hohenstein ArchBürgR. 25 69ff.: die Abnahmepflicht nach § 433 enthält nicht, wie nach § 640, die Billigungspflicht (S. 71 unten) wohl aber ist sie stets eine Annahme als Erfüllung (S. 80 unten).

Eine sichere Entscheidung der Frage ist kaum möglich, doch hat die Mittelmeinung am meisten für sich. Betrachtete das BGB. die Abnahme als Annahme, so würde es bei seinem strengen Sprachgebrauch für beides schwerlich verschiedene Ausdrücke gebraucht haben; auch kann man dem Käufer, der vielfach erst die empfangene Ware prüfen kann, schwerlich zumuten, die angebotene von vornherein als Erfüllung, also mit dem Präjudiz des § 363, anzunehmen. Andererseits trägt Jacobi in die Abnahmepflicht Beschränkungen hinein, die dem Gesetze fremd sein dürften.

ζ) Wegen der **Folgen des Abnahmeverzugs** s. Bem. 3e zu § 326.

§ 434.

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die vom Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können.

E. I 371, E. II 376, RV. 428. — Mot. S. 214–5, Prot. S. 653ff., D. S. 87.

1. **Prinzip; bisheriges Recht**: § 434 behandelt nicht die eigentliche Rechtsverschaffungspflicht des Verkäufers, die schon durch § 433 anerkannt ist, enthält vielmehr eine Erweiterung derselben dahin, daß der Kaufgegenstand dem Erwerber auch unbelastet verschafft werden muß. Der Grund dieser Pflicht liegt im Gesetze, nicht in einer besonderen Garantieübernahme.

Der § besagt nicht, daß der Verkäufer unbedingt für Lastenfreiheit der Kaufsache einzustehen habe; er muß nur dafür sorgen, daß die etwaigen Rechte des dritten nicht gegen den Käufer geltend gemacht werden können, während eine bloß tatsächliche Nichtgeltendmachung durch den Berechtigten für die Erfüllung der Pflicht nicht genügt.

Dazu ist normalerweise freilich Wegschaffung der Rechte erforderlich; bei grundbuchmäßig eingetragenen auch Bewerkstelligung ihrer Löschung auf des Verkäufers Kosten, s. § 435.

Zu den „Rechten", die dabei in Frage kommen, gehören zumal die dinglichen: Servituten, Reallasten, Pfandrechte, Hypotheken und ähnliche Rechte, nicht minder

Vormerkungen und dingliche Vorkaufsrechte; aber auch bloßes Besitzrecht (s. genauer Kipp-Windscheid S. 634), ferner bloß persönliche Rechte, die, wie die Miete, gegen den neuen Erwerber wirken, so auch Planck Abs. 2, Goldmann-Lilienthal S. 486. Der Wortlaut scheint, wie diese mit Recht bemerken, freilich nur auf dingliche Rechte zugeschnitten; aber die sinngemäße Anwendung ist wohl ohne Bedenken.

Ferner dürften auch bloß objektivrechtliche Beschränkungen, die sich nicht zum subjektiven Recht eines dritten verdichtet haben, dahin gehören z. B. Baubeschränkungen, OLG. Stuttgart vom 15. V. 1903 in Rspr. VIII S. 59; (s. dazu aber auch Nr. 2 zu § 436); nicht minder solche Rechte, die dem Käufer selbst zustehen (z. B Rentenrechte), soweit sie trotz des Eigentumsüberganges an sich bestehen bleiben würden, OLG. Stettin in Rspr. VIII S. 60. Denn im Sinne des Kaufes ist der Berechtigte auch hier ein „dritter", weil in jener Eigenschaft daran gar nicht beteiligt. Doch wird dabei vielfach eine die Haftung des Verkäufers ausschließende Kenntnis des Käufers oder, wo diese unerheblich ist (§ 439 Abs. 2), ein Verzicht des Käufers anzunehmen sein.

Das BGB. geht in der Verpflichtung des Verkäufers somit weit hinaus über das Gemeine Recht, das ihn für Servituten richtiger Ansicht nach nur bei dolus und besonderer Garantie haftbar machte (s. Windscheid II, § 391, No. 28, RG. Bd. 7 Nr. 54 S. 174), und die Haftung überhaupt nur für den Fall eintreten ließ, daß dem Käufer durch die Belastung das habere licere genommen war. Dagegen kannte das Landrecht bereits eine verschärfte, der des § 434 ähnliche Haftung (s. Dernburg, Privatrecht II § 141 Nr. 5 6), während der Code wiederum wegen offensichtlicher oder zu erwartender Lasten nicht haften ließ.

2. Der Satz findet nicht nur bei **Sachen** Anwendung, an die freilich zunächst zu denken ist, sondern bei **allen Kaufgegenständen**: z. B. muß der Verkäufer einer Forderung dafür einstehen, daß sie nicht mit Pfandrechten oder einem Nießbrauch belastet ist. Solche Rechte gewähren freilich keinen Anspruch gegen den Käufer der Forderung, können aber seinem Rechte zum Trotz gegen den Drittschuldner, ja wenigstens mit einer Feststellungsklage auch geradezu gegen jenen geltend gemacht werden.

3. **Wegfall der Pflicht?** Natürlich kann auch nach BGB. kraft ausdrücklicher Abrede oder aus den Umständen ein Verzicht des Käufers auf seine Gerechtsame aus § 434 angenommen werden. Dagegen ist die bloße Tatsache, daß die Rechte im Grundbuch eingetragen oder sonst offenkundig waren, im Gegensatz zu manchen bisherigen Rechten kein Befreiungsgrund für den Verkäufer, s. Mot. S. 214; wohl aber entfällt die Haftung grundsätzlich bei wirklicher Kenntnis des Käufers, s. § 439 und Bem. dazu. Doch gilt das nicht überall, Abs. 2 das., insbesondere nicht bei Hypotheken, und noch viel weniger liegt in der Entgegennahme der Auflassung in Kenntnis einer bestehenden, nach dem Vertrage nicht zu übernehmenden Hypothek ein Verzicht des Käufers auf seine Ansprüche; so schon für das bisherige Recht RG. bei Seuffert 37, Nr. 91, S. 143.

4. Die Vorschrift des § 434 bezieht sich ihrem Wortlaut nach sowohl auf Rechte dritter, die vor, als auf solche, die erst nach dem Vertragsschluß entstanden waren. Doch kommt wegen der letzteren zunächst, § 434 zurückdrängend, § 440 Abs. 1 in Betracht, s. Bem. dazu.

5. Bei Veräußerung **gepfändeter Gegenstände** ist die Haftung aus § 434 nicht vorhanden, s. ZPO. § 806; ebensowenig bei der Zwangsversteigerung, § 56 ZVG.

§ 435.

Der Verkäufer eines Grundstücks oder eines Rechtes an einem Grundstück ist verpflichtet, im Grundbuch eingetragene Rechte, die nicht bestehen, auf seine Kosten zur Löschung zu bringen, wenn sie im Falle ihres Bestehens das dem Käufer zu verschaffende Recht beeinträchtigen würden.

Das Gleiche gilt bei dem Verkauf eines Schiffes oder eines Rechtes an einem Schiffe für die im Schiffsregister eingetragenen Rechte.

E. I 378, E. II 377, RB. 429. — Mot. S. 222, Prot. S. 664, D. S. 87.

1. Der § 435 enthält eine **Erweiterung** des allgemeinen Haftungsprinzips für die darin genannten Fälle. Auch wenn derartige Rechte materiell nicht mehr bestehen, aber für den Fall ihres Vorhandenseins unter § 435 gehören würden, muß der Verkäufer sie aus dem Grundbuch wegschaffen, natürlich auf seine Kosten. Denn andernfalls würde der Käufer leicht in seiner Verfügung über das Grundstück gehindert werden, sich auch vielleicht später auf langwierige und wegen §§ 891—2 bedenkliche Prozesse oder ein Aufgebotsverfahren einlassen müssen, s. Mot. S 222.

Daneben ist die Bestimmung auch für die Fälle von Wert, daß die Rechte vielleicht noch wirklich bestehen, der Käufer aber den ihm deswegen nach § 442 dem Verkäufer gegenüber obliegenden **Beweis** nicht führen kann oder will.

2. Solange der Verkäufer seine Pflicht aus § 435 nicht erfüllt hat, braucht der Käufer die angebotene Auflassung gemäß § 266 nicht entgegenzunehmen und kommt weder in Annahme- noch in Leistungsverzug; so schon für Preußisches Recht RG. vom 15. XII. 1888, Seuffert Bd. 55 Nr. 10 (= Gruchot 33 929). Hat er jene freiwillig entgegengenommen, so beantwortet sich die Frage nach seinem Leistungsverweigerungsrecht und dem etwaigen Verzug nach § 320 Abs. 2.

§ 436.

Der Verkäufer eines Grundstücks haftet nicht für die Freiheit des Grundstücks von öffentlichen Abgaben und von anderen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind.

E. I 372, E. II 378, RB. 430. — Mot. S. 215, Prot. S. 656–8, D. S. 38.

1. In § 436 ist eine **Ausnahme** von den bisherigen Haftungsgrundsätzen gemacht, die übrigens sowohl dem Gemeinen Recht (Dernburg, Pand. II, § 99 Nr. 1 c) wie dem Landrecht (I, 11, § 175) entspricht. Der innere Grund liegt darin, daß hier eine Kenntnis des Käufers von derartigen ganz normalen Belastungen zu unterstellen ist; wo sie fehlt, wird das auf unentschuldbarer und des Schutzes unwürdiger Nachlässigkeit beruhen, s. Mot. S 215.

2. **Welche „Lasten“** dahin gehören, bestimmt sich nach dem Landesrechte und ist hier nicht zu erörtern. Speziell für Preußen s. jetzt AG. zum BGB. Art. 1—2; die dort genannten öffentlichen und gemeinen Lasten sind nach AG. zur GBO. Art. 12 von der Eintragung ausgeschlossen, fallen daher unter § 436; s. auch RG. BS. V vom 10. V. 1903 bei Gruchot 47 833 ff. Besonders wichtig sind die „gemeinen Lasten“; zu ihnen sollen nach dem RG auch die auf Grund lokaler Bauordnungen eintretenden Baubeschränkungen gehören; auch sie sind „Leistungen“, die in einem Unterlassen bestehen. — Nicht dahin gehören dagegen die im PrAG. zum BGB. Art. 3 genannten Lasten; sie sind keine „öffentlichen“, werden vielmehr diesen nur in gewissen Beziehungen gleichgestellt (s. auch AG. zur GBO. Art. 12), übrigens nur privatrechtlicher Natur. Die Ablösungsrenten der Rentenbanken fallen somit nicht unter § 436, RG. BS. V vom 11. XII. 1901 bei Gruchot 47 396 (DJB 02 152). Wegen Bayern s. Kober-Staudinger Nr. 1 b und Oertmann, Bayerisches Landesprivatrecht S. 193.

Zählen auch etwaige außerordentliche Beiträge zu öffentlichen Zwecken zu den Lasten des § 436? Der Wortlaut spricht dafür, doch trifft der innere Grund der Vorschrift hier nicht zu, und daher nimmt Meisner (Nr. 2) ihretwegen Haftung an, im Anschluß an ein Erkenntnis des Preußischen Obertribunals, Entsch. 39 65 ff. Dem glaube ich wenigstens für diejenigen Fälle zustimmen zu sollen, wo das Verschweigen des Verkäufers einen Verstoß gegen Treu und Glauben bedeuten würde (§§ 157, 242 BGB.).

3. **Rückständige Ansprüche** aus den öffentlichen Lasten fallen nicht unter die Ausnahmebestimmung, auch soweit sie nach dem Landesrecht den Besitznachfolger belasten. Denn der innere Grund fehlt hier durchaus, und auch der Wortlaut des § nötigt nicht zur gegenteiligen Auslegung: er spricht nur von der Gesamtlast als solcher, nicht von den einzelnen Prästationen. Diese treffen vielmehr nach § 446 Abs. 1 Satz 2 den Käufer nur von der Übergabe der Kaufsache ab. So auch Planck.

4. § 434 redet, im Gegensatz von § 435, nur von **Grundstücken**, nicht von **Rechten an solchen** und von **Schiffen**. Daher ist er auf letztere, wie auch auf andere Mobilien, nicht anzuwenden. Anders dürfte bei den Rechten an unbeweglichen Sachen zu entscheiden sein, weil die Analogie der Grundstücke selbst zwingend erscheint, Mot. S. 215.

§ 437.

Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes.

Der Verkäufer eines Wertpapieres haftet auch dafür, daß es nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist.

E. I 298, E. II 379, RV. 431. — Mot. S. 125–6, Prot. S. 386, 669—70, D. S. 88—9.

1. **Prinzip**: Das BGB. folgt dem Gemeinen und Landrecht insoweit, als es die Frage nach der Haftung des Zedenten nicht sowohl aus dem Rechte der Zession als solcher, als vielmehr aus dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis beantwortet werden läßt. Während aber insbesondere beim Verkaufe der Forderung das Landrecht den Zedenten sowohl für die sog. veritas wie die bonitas nominis aufkommen ließ (I, 11, §§ 427 ff.), beschränkt der § 437 im Anschluß an das richtig verstandene GR. und den Code die Haftung auf die erstere, den „rechtlichen Bestand".

Und zwar ist damit gemeint das Einstehen für den derzeitigen Bestand zur Zeit des Kaufes; ob die Forderung nie bestanden hat oder nur jetzt nicht mehr besteht, ist gleichgültig. Es gehört also auch der Fall einer späteren Nichtigkeitserklärung oder Anfechtung (§ 142) hierher — auch letztere vernichtet ja das Recht mit rückwirkender Kraft, sofern nur der Grund dafür schon zur Zeit der Veräußerung bestand.

Gehaftet wird aber andererseits, wie gesagt, nach § 437 nur für den Bestand zur Zeit des Kaufes; für die spätere Zeit bis zum Übergang der Gefahr (s. § 451) haftet der Verkäufer nur nach den Grundsätzen von § 275 ff. Die Frage, was dann aus der Pflicht des Käufers wird, bestimmt sich laut § 440 Abs. 1 nach §§ 323 ff. So mit Recht Planck Nr. 1, Abs. 2, anders Goldmann-Lilienthal S. 487 Nr. 6 und Düringer-Hachenburg III S. 34. Auf die Frage ist in allgemeinerem Zusammenhang bei § 440 einzugehen.

Die Haftung bezieht sich, soweit sie danach besteht, nicht nur auf den Fall des eigentlichen Nichtbestehens der Forderung; der Verkäufer muß auch dafür aufkommen, daß ihr keine Einrede, kein Anfechtungsrecht, keine Aufrechnungsbefugnis gegenüberstehe, Hellwig, Anspruch 20; ebenso dafür, daß sie keinen anderen Inhalt, Erfüllungsort, Erfüllungszeit aufweise als angegeben, Titze, Unmöglichkeit 268 ff.

2. **Umfang der Haftung**: Der Verkäufer haftet auf das volle, positive Erfüllungsinteresse. Das Geschäft wird nicht, wie beim Verkauf nicht oder nicht mehr existierender körperlicher Sachen, wegen Unmöglichkeit der Leistung als nichtig behandelt, sodaß nur ein Anspruch auf das negative Interesse übrig bliebe (§§ 306—7). Es ist vielmehr, wie im GR. (s. darüber Windscheid II § 315 No. 4 mit Quellen- und Literaturangaben, RG. Bd. 8, Nr. 27), durchaus gültig und verpflichtet daher den Verkäufer zur Erfüllung, event. zum Schadensersatz.

Zweifelhaft ist dabei das Verhältnis des § 437 zu der allgemeinen Regel des § 306 (s. auch Bem. 1c dazu); nach der richtigen Ansicht (H. A. Fischer, Unmöglichkeitslehre S. 29) stellt er eine Ausnahme davon dar, die sich aus rechtspolitischen, aber nicht aus logischen Gründen erklärt. Denn eine nichtbestehende Forderung kann unmöglich „geleistet" werden, nicht ist nur gerade der Veräußerer dazu unvermögend, und wenn die Forderung auch später entsteht, so ist es doch nicht gerade die veräußerte Forderung, da eine Forderung sich durch ihren — bei der veräußerten eben nicht vorhandenen — Entstehungsgrund individualisiert.

Eine Beschränkung des vom Verkäufer zu leistenden Interesses auf den Betrag der empfangenen Valuta, wie sie das Landrecht I, 11, §§ 422 ff. hatte und wie sie sich auch für das Gemeine Recht aus dem Prinzip der lex Anastasiana (Beschränkung der Haftung des Schuldners auf die vom Zessionar dem Zedenten gezahlte Valuta) im Grunde von selbst ergab, ist dem BGB. gleichfalls fremd.

Andererseits ist natürlich auch nach dem neuen Recht das zu ersetzende Interesse des Käufers mit nichten stets dem Nennbetrage der Forderung gleich; es entspricht vielmehr zunächst nach der guten Bemerkung der Protokolle, S. 670

„dem Werte, welchen die Forderung, ihren Rechtsbestand vorausgesetzt, zur Zeit der Abtretung nach den Umständen des Falles, insbesondere unter Berücksichtigung etwaiger Zahlungsunfähigkeit oder zweifelhafter Zahlungsfähigkeit des Schuldners, gehabt haben würde."

Hinzutreten können bei der Interessberechnung noch etwaige Kosten fruchtloser Rechtsverfolgung, entgangene Zinsen usw. Nach alledem wird eine „billige und angemessene" Ausmittelung des Interesses hier keinen größeren Schwierigkeiten begegnen, als sie auch sonst auftauchen können.

3. **Anwendung bei andern Rechten:** Die Haftung aus § 437 soll nach ausdrücklicher Zufügung auch bei andern Rechten Anwendung finden: also z. B. bei Patenten, hier wegen der leichten Möglichkeit einer nachträglichen Nichtigkeitserklärung besonders bedeutsam, beim Nießbrauch (der ja wenigstens der Ausübung nach verkauft werden kann) usw.; ferner nach Abs. 2 auch bei Wertpapieren s. unten Nr. 4, und zwar solchen jeder Art, Titze aaO. S 276, während man im bisherigen Recht den Verkauf eines nicht existierenden Wertpapieres meist wie den einer derartigen Sache als nichtig behandelte. Belege bei Titze aaO. Anm. 25.

4. **Zu Abs. 2:** Der Begriff **„Wertpapier"** bestimmt sich nach dem Handelsrecht, s. HGB. § 1 Abs. 2 Nr. 1 und Komm. dazu, s. auch unten Vorbem. vor § 793. Es genügt nicht ein bloßer Antrag zum Eintritt dieser Haftung, sondern es muß wenigstens die erste gerichtliche Aufgebotshandlung bereits erfolgt sein, Prot. S. 655; ja der bloße Gerichtsbeschluß wird als interner und dem Verkäufer normalerweise unbekannt bleibender Akt nicht genügen, es muß vielmehr die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots hinzukommen (ZPO. § 948), s. Planck Nr. 2.

Die Haftung des Verkäufers von Wertpapieren ist übrigens trotz § 437 Abs. 2 auch nach neuem Recht nicht zweifellos, s. darüber einerseits Neukamp, Holdheims Monatsschrift 1905 Nr. 1, andererseits Düringer DJZ. 1905 S. 374ff. Jener will darauf grundsätzlich nur die Regeln über den Sachkauf angewendet wissen (unter Beschränkung seiner Untersuchung auf Inhaberpapiere), dieser dagegen verficht den Standpunkt, daß bei allen Wertpapieren nur, soweit Mängel des Papieres selbst als einer Sache in Frage stehen, die Regeln des Sachkaufs; soweit die obligatorischen und sonstigen Rechte aus dem Papier Mängel aufweisen, die Regeln der Gewährschaft für veräußerte Rechte anwendbar seien.

Wohl mit Recht! Denn insoweit erscheint das Wertpapier in seiner juristischen und wirtschaftlichen Tragweite nicht mehr als körperlicher Gegenstand, wie ihn das BGB. allein als Sache wertet (§ 90); daß das Wertpapier im Sinne des Kaufrechtes hauptsächlich den Rechten gleichbehandelt werden soll, kann man ferner aus § 437 Abs 2, der durchaus nicht den Stempel einer Ausnahmevorschrift trägt, entnehmen.

Aber Düringer dehnt die Haftung aus § 437 viel zu weit aus. Wenn er (S. 376) die wirtschaftliche Rentabilität des verkauften Rechtes als zum Bestand desselben gehörig bezeichnet, so enthält das, wie Hagens (DJZ. 1905 S. 666) im Anschluß an ein von Neukamp mitgeteiltes Kölner Urteil zutreffend bemerkt, eine Verwischung der im BGB. enthaltenen scharfen Unterscheidung zwischen dem rechtlichen Bestande und dem wirtschaftlichen Werte der Kaufgegenstände. Nicht für Düringer ist RG. Bd. 56 Nr. 66 S. 255, wo die Haftung nur für ein mit den Aktien verbundenes Pfandrecht auf § 437 gestützt ist (s. Hagens S. 666). Hagens will daher wieder auf den Standpunkt zurückkommen, „unzutreffende Angaben über tatsächliche Verhältnisse, die den Wert des verkauften Inhaberpapiers zu beeinflussen geeignet sind," ohne den Rechtsbestand zu beeinträchtigen, nach § 459 zu beurteilen. Aber mit Recht hat sich das RG. ZS. I vom 5. XI. 1904, Bd. 59 Nr. 70 S. 240 auf einen andern Standpunkt gestellt; von „Eigenschaften" des Kaufobjekts kann man, ohne den sichern Boden des Gesetzes völlig aufzugeben, doch nicht mehr dann sprechen, wenn es sich nur um solche tatsächlichen Verhältnisse handelt, von denen lediglich die wirtschaftliche Rentabilität des im verkauften Wertpapier verkörperten Rechtes abhängt. Die Gegenansicht würde auch leicht ins Bodenlose führen und von verunglückten Spekulanten als bedenkliches ultimum refugium verwendet werden können. S auch RG. ZS. I vom 10. X. 1903 bei Gruchot 48 S. 100ff. (minder entschieden). Es bleibt für derartige Fälle m. E. nur die Haftung aus unerlaubten Handlungen oder aus einem mit dem Kauf verbundenen besonderen Garantievertrag.

5. **Vertragsmäßige Änderungen**: Durch Parteiabrede kann die Haftung sowohl auf den Fall mangelnder Eintreibbarkeit der Forderung ausgedehnt, wie selbst für den Fall des Fehlens ihrer Rechtsbeständigkeit erlassen werden. Jedoch wird in der Übernahme einer Haftung der ersteren Art im Zweifel nur eine solche für die Zeit des Vertragsschlusses gesehen, § 438.

Ein Erlaß der Haftung ist sehr häufig und wird vielfach zu unterstellen sein, z. B. beim Verkauf ganz „fauler" Außenstände zum Spottpreise an sog. Inkassobureaus. Indes würde ein Ausschluß der Haftung sogar für den Fall des Vorsatzes ungültig sein, gemäß §§ 276 und 443.

6. **Unanwendbarkeit des § 437**: Auf die Fälle einer Übertragung auf Grund einer **gesetzlichen Verpflichtung oder unmittelbar kraft des Gesetzes** (cessio necessaria und cessio legis) ist die Bestimmung nicht anzuwenden, sofern nicht die unterliegende Kausalbeziehung ein anderes ergibt. So besonders § 300 Entw. I, der nachher, bei Einstellung der ursprünglich allgemeiner gedachten Vorschrift in das besondere Kaufrecht, als überflüssig gestrichen wurde. Wohl aber ist § 437 auf andere entgeltliche Veräußerungsverträge über Rechte und Wertpapiere entsprechend anwendbar, § 445 („Gegenstand"); wegen unentgeltlicher s. § 523.

Auch auf Übertragungen ganzer Vermögensmassen wird die Vorschrift nach der vermutlichen Parteiabsicht im Zweifel nicht zu erstrecken sein, so ausdrücklich für den Fall des Erbschaftskaufes § 2376. Auch in anderen derartigen Fällen (z. B. bei Veräußerung eines kaufmännischen Etablissements) dürfte dasselbe gelten: dabei ist der wirtschaftliche Gesamteffekt als Kaufgegenstand anzusehen, die einzelnen Stücke gehören nur in ihrem wahren rechtlichen und tatsächlichen Bestande dazu.

§ 438.

Übernimmt der Verkäufer einer Forderung die Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, so ist die Haftung im Zweifel nur auf die Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Abtretung zu beziehen.

E. I 299, E. II 380, RV. 432. — Mot. S. 126—7, Prot. S. 387.

1. **Prinzip**: Die Bestimmung des § 438 entspricht dem geltenden Recht, so Landrecht I, 11, § 431; Code Art. 1695; für das GR. ebenso RG. bei Seuffert 37 Nr. 304 S. 418.

Sie wird als bloße Auslegungsregel durch den Beweis einer gegenteiligen Absicht der Kontrahenten beseitigt; eine solche kann sich auch aus den Umständen ergeben, s. den auch hier maßgebenden Auslegungsgrundsatz des § 133. Insbesondere dürfte unter Umständen in der Übernahme einer solchen Haftung auch diejenige einer Bürgschaft für den Schuldner gesehen werden, dann greift die Beschränkung des Paragraphen natürlich nicht Platz.

2. Es kommt an auf die **Zeit der Abtretung**, des Zessionsaktes im Sinne von § 398, also nicht

a) auf die etwa spätere Zeit der Denuntiation; denn sie hat für die Abtretungswirkung keinerlei grundsätzliche Bedeutung.

b) aber auch nicht auf die etwa frühere des obligatorischen Grundgeschäftes selbst, in dessen Erledigung die Abtretung erfolgt.

3. Für einen **Vorsatz** des Verkäufers wird natürlich durch die Haftungsbeschränkung des § 438 kein Freibrief geschaffen: ein solcher kann unter Umständen z. B. im Verschweigen des dem Verkäufer wohlbekannten Umstandes liegen, daß die nachher eintretende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners durch gewisse Tatsachen schon vorbereitet, entschieden ist (z. B. Untergang eines Schiffes, Zusammenbruch einer mit dem Schuldner in enger Geschäftsbeziehung stehenden Bank).

§ 439.

Der Verkäufer hat einen Mangel im Rechte nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt

Eine Hypothek, eine Grundschuld, eine Rentenschuld oder ein Pfandrecht hat der Verkäufer zu beseitigen, auch wenn der Käufer die Belastung kennt. Das Gleiche gilt von einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung eines dieser Rechte.

E. I 373, E. II 381, RV. 433. — Mot. S. 215—6, Prot. S. 658—60, D. S. 89.

1. **Bisheriges Recht; Prinzip:**

a) Der Ausschluß der Haftbarkeit des Verkäufers bei Kenntnis des Käufers von den rechtlichen Mängeln entspricht im wesentlichen dem GR., s. Windscheid § 391 No. 6, sowie dem SächsGB. § 944 und der Praxis des Landrechts.

Die Haftung fällt weg nicht nur kraft einer besonderen dahingehenden Abrede (für diesen Fall s. vielmehr § 443), sondern auch ohne diese schon wegen der bloßen Tatsache der **Kenntnis** des Käufers. Und zwar genügt dazu Kenntnis des Mangels im Sinne einer konkreten Tatsache; unnötig ist Kenntnis oder richtige Beurteilung seiner weiteren Folgen. S. den vom RG 52 Nr. 45 S. 168 entschiedenen Fall: der Käufer hatte gewußt, daß das Kaufgrundstück mit einem Pachtrecht belastet war, glaubte aber infolge Rechtsirrtums, daß er dieses vorzeitig lösen könne. Mit Recht wurde hier § 439 angewendet, trotz dieser falschen Beurteilung der Tragweite des Mangels. S. auch OLG. Karlsruhe vom 9. X. 1903, Ripr. VIII S. 62 (der Käufer kannte das nachbarliche Fensterrecht, wenn er nur das Vorhandensein der Fenster gesehen hatte). Wie und wodurch der Käufer die Kenntnis erlangt hat, ist gleichgültig; insbesondere braucht er die Mitteilung nicht vom Verkäufer empfangen zu haben, und wenn von diesem, nicht in der etwa vorgeschriebenen (§ 313!) Vertragsform, RG. Bd. 52 Nr. 74 S. 276.

b) **Kennenmüssen** steht nach dem bekannten Prinzip des BGB. dem wirklichen Kennen hier ebensowenig gleich, wie in andern Fällen, s. Mot. S. 216, Prot. S. 660, vgl. auch § 166 und Bem. dazu sowie Bem. 2 zu § 406. Anders wird aber wohl dann wenigstens zu entscheiden sein, wenn der Käufer die ihm gebotene Gelegenheit zur Kenntnisnahme der Mängel wider Treu und Glauben vereitelt hat; z. B. er unterdrückt absichtlich die ihm darüber zugegangene schriftliche Mitteilung des Verkäufers; er liest nicht die ihm übermittelte Abschrift des Grundbuchblattes.

2. Ob das Recht **im Grundbuch eingetragen** war, macht für die Anwendung des § 439 keinen Unterschied, vielmehr nimmt dieser Umstand dem Käufer seine Rechte an sich nicht, wenn er auch häufig ihm Kenntnis von der Belastung verschaffen wird. So auch die Preußische Praxis, s. d. Angaben bei Dernburg, Pr. Privatrecht II, § 141, No. 40. S. Prot. S. 660.

3. **Zeit der geforderten Kenntnis:** Kennt der Käufer den Mangel nicht beim Abschluß, sondern erst bei der Erfüllung des Vertrages, so kommt § 439 nicht zur Anwendung. Es kann aber in der Annahme des Kaufobjektes trotz der erlangten Kenntnis unter Umständen ein Verzicht auf die Ansprüche aus dem Rechtsmangel gefunden werden, s. Mot. S. 216.

4. **Beweis:** Den Beweis der Kenntnis des Käufers muß der Verkäufer führen, da es sich um einen besonderen Ausschlußgrund seiner an sich nach §§ 433–34 vorhandenen Verpflichtungen handelt.

5. **Ausnahmen:**

a) Selbst trotz vorhandener Kenntnis behält der Käufer seine Gerechtsame, wenn eins der in Abs. 2 genannten Rechte in Frage steht. Das widerspricht zwar dem GR. durchaus, folgt aber der landrechtlichen Satzung I, 11, § 184, wenigstens für unbewegliche Sachen, auf die aber Abs. 2 nicht beschränkt ist — das beweist schon der Ausdruck „Pfandrecht", s. RG. Bd. 57 Nr. 1 S. 2. Es gilt auch in Bezug auf den Verkauf von beweglichem Zubehör des belasteten Grundstückes, RG. ZS. II vom 26. I. 1904, Bd. 57 Nr. 1 S. 1. Natürlich kann der Käufer sich dieser Ansprüche durch Abrede begeben; daß diese, über die allgemeinen Regeln hinaus, eine „ausdrückliche" sein müsse, darf dem landrechtlichen Satze zuwider nicht mehr gefordert werden. Insbesondere liegt ein häufiger Verzichtsfall dann vor, wenn der Käufer die Belastung in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt, s. § 416 (freilich hier nur für Hypotheken).

Abs. 2 gilt gemäß § 1107 auch wegen rückständiger Leistungen aus Reallasten, Eccius bei Gruchot 41, S. 302.

b) Unanwendbar ist § 439 ferner bei Kenntnis des Käufers von dem einem dritten zustehenden persönlichen Vorkaufsrecht. Denn ein solches begründet nur interne Pflichten zwischen dem Berechtigten und dem Verkäufer, also als solches keinen den Käufer interessierenden Rechtsmangel. Leistet der Verkäufer daraufhin an den Berechtigten, so hat er ihm gegenüber dadurch die bisher mögliche, durch Rechtsmängel nicht beeinträchtigte Leistung in vertretbarer Weise unmöglich gemacht, und muß ihm dafür haften, ohne daß es auf Kenntnis des Käufers vom Vorkaufsrecht ankommen könnte. So auch die (gemeinrechtliche) Entsch. d. OLG. Hamburg bei Seuffert 56 Nr. 99 S. 172.

6. **Kenntnis beider Teile**: Dieser Fall kann nicht einfach nach § 439 entschieden werden, man muß vielmehr sondern:

a) möglicherweise liegt dabei ein Versprechen des Verkäufers vor, die fremden Berechtigungen wegzuschaffen; dann haftet er aus dieser Abrede, aber nicht nach den Sondersätzen über Mängelgewähr, Titze, Unmöglichkeit, S. 276 Anm. 41.

b) unter Umständen, wenn bewußtermaßen über eine fremde Sache kontrahiert wird, kann in der gesamten Abrede ein Verstoß gegen die guten Sitten oder gar gegen das Strafgesetz (als Unterschlagung, Hehlerei oder dergl.) liegen: dann ist der ganze Vertrag nichtig, s. §§ 134, 138 BGB.; l. 34 § 3 D. 18, 1.

c) es kann auch ein einfacher Verzicht des Käufers auf die Ansprüche aus §§ 433 ff. dabei vorliegen (pactum de non praestanda evictione): er begnügt sich mit der vielleicht vorhandenen faktischen Sicherheit, daß die ihm bekannten Rechte dritter nicht geltend gemacht werden.

d) endlich ist denkbar, daß jeder Teil für sich, dem andern unbewußt, den Mangel kennt. Dann kommt der § 439 seinem Wortlaut wie Sinn entsprechend zur Anwendung. Eine Berufung des Käufers auf den Vorsatz des Verkäufers nützt ihm nichts; das noch so arglistige Verschweigen des Verkäufers konnte einem wissenden Käufer gegenüber eben keinen Erfolg haben.

§ 440.

Erfüllt der Verkäufer die ihm nach den §§ 433 bis 437, 439 obliegenden Verpflichtungen nicht, so bestimmen sich die Rechte des Käufers nach den Vorschriften der §§ 320 bis 327.

Ist eine bewegliche Sache verkauft und dem Käufer zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergeben worden, so kann der Käufer wegen des Rechtes eines dritten, das zum Besitze der Sache berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur verlangen, wenn er die Sache dem dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat oder sie dem Verkäufer zurückgewährt oder wenn die Sache untergegangen ist.

Der Herausgabe der Sache an den dritten steht es gleich, wenn der dritte den Käufer oder dieser den dritten beerbt oder wenn der Käufer das Recht des dritten anderweit erwirbt oder den dritten abfindet.

Steht dem Käufer ein Anspruch auf Herausgabe gegen einen anderen zu, so genügt an Stelle der Rückgewähr die Abtretung des Anspruchs.

E. I 374—7, E. II 382, RV. 434. — Mot. S. 216—22, Prot. I S. 660—4, 665—7, VI S. 170, D. S. 89—91.

Literatur: Schollmeyer S. 20 ff., s. auch Rabel, Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Recht, Bd. I, 1902 (wesentlich historisch).

1. **Bisheriges Recht; Prinzip:** Das Römische Recht ging entsprechend der bei § 433 geschilderten Grundanschauung davon aus, daß der Käufer den Verkäufer wegen eines Mangels im Recht normalerweise nur im Falle der wirklich erfolgten völligen oder teilweisen Abstreitung des Kaufgegenstandes **(Eviktion)** in Anspruch nehmen könne (s. freilich jetzt auch Rabel aaO., bes. S. 96ff.), und dem folgte der erste Entwurf wenigstens in Bezug auf den Schadensersatzanspruch des Käufers. Erst E. II und nach ihm das Gesetz haben mit diesem **Eviktionsprinzip** zwar nicht durchaus, aber wenigstens für Immobilien und Kaufobjekte, die nicht körperliche Sachen sind, ganz und für Mobilien immerhin teilweise gebrochen und dafür ein weitergehendes, eigentliches **Verschaffungsprinzip,** das E. I zwar nach den Mot. S. 213, aber in der Sache nur unvollkommen ausgebildet hatte, an die Stelle gesetzt, s. Prot. S. 660ff. Die Ansprüche nach § 440 setzen nicht mehr eine vorgängige Interessenverletzung des Käufers voraus, sondern entspringen unmittelbar aus dem Vertrage.

2. **Inhalt der Ansprüche.** Es wird verwiesen auf die §§ 320–7; demnach hat der Käufer im einzelnen folgende Rechte:

a) er kann — dies schon nach E. I § 374 — die Gegenleistung verweigern (Einrede des nicht erfüllten Vertrages, §§ 320—2), dies natürlich nur innerhalb der ihr allgemein gesteckten Grenzen, übrigens aber selbst dann, wenn die dingliche Vollziehung des Kaufaktes bereits erfolgt ist; s. Mot. S. 217. Der Verkäufer kann gemäß § 320 bis zur Beseitigung der Anstände nicht einmal Hinterlegung des Preises oder Sicherheitsleistung fordern.

b) Er kann natürlich auch auf nachträgliche Erfüllung klagen, s. gegen die abweichende Ansicht von Schloßmann Iherings Jahrb. **45** (bes. S. 127—8) oben Bem. 2 a zu § 433.

c) Ist dem Verkäufer die ihm obliegende lastenfreie Verschaffung des Kaufgegenstandes unmöglich, so muß man scheiden:

α) das Leistungsunvermögen war schon anfänglich vorhanden; dann haftet der Verkäufer schlechthin, da darin keine wahre, die Gültigkeit des Vertrages beeinträchtigende Unmöglichkeit liegt, s. Bem. 1 b zu § 306; es ergibt sich das auch aus § 433 und mittels argumentum a contrario aus § 439. Wegen der Schadensersatzpflicht s. §§ 283 und 325 sowie Bem. dazu, ferner v. Tuhr, KrVJSchr. **43** 584. Im Falle des nachher eintretenden Unterganges der Sache ist der Käufer in der Regel durch den Rechtsmangel nicht geschädigt, denn auch ohne diesen wäre sie untergegangen. Sein Ersatzanspruch beschränkt sich also, wie v Tuhr zutreffend bemerkt, auf den Betrag der ihm wegen des Rechtsmangels etwa entgehenden Ersatzansprüche gegen den dritten Zerstörer, die ihm andernfalls als nunmehrigem Eigentümer oder, wenn vor der Uebereignung an ihn entstanden, nach § 281 zugefallen sein würden, sowie der ihm seinetwegen entgehenden Nutzungen. Übrigens kann der Käufer in solchem Fall auch (s. v. Tuhr aaO.) wegen des nicht verschafften Eigentums gemäß § 325 je nachdem teilweise — denn die Rechtsverschaffung war nach § 433 Abs. 1 Satz 1 nur ein Teil der Verkäuferleistung — oder, nach Maßgabe von § 325 Abs. 1 Satz 2, ganz zurücktreten und den gezahlten Kaufpreis insoweit zurückverlangen. Denn der Verkäufer hatte nach § 306 sein Unvermögen zur Rechtsgewährung zu vertreten.

Allerdings müßte man nach allgemeinen Erwägungen annehmen, daß der Schaden nicht dadurch entstanden sei, sondern erst durch den die Leistung objektiv und endgültig unmöglich machenden Untergang der Kaufsache; sodaß der Käufer nach § 323 von seiner Leistungspflicht durch deren Untergang ganz oder — wenn dieser nach erfolgter Besitzübertragung erfolgte — mindestens teilweise frei geworden sei und nur deswegen das gezahlte insoweit zurückfordern könne. Aber diese Anschauung wäre, wie Abs. 2 a. E. deutlich ergibt, nicht die des Gesetzes, das auch bei Untergang der Kaufsache dem Käufer einen Ersatzanspruch gewährt, folgerecht doch auch wohl die andern Rechte aus § 325. Man wird das mit der angestellten allgemeinen Erwägung wiederum dadurch in Einklang bringen, daß man unterstellt, das Gesetz habe an einen

von einem dritten zu vertretenden Untergang der Sache gedacht, der also dem Käufer ohne den Rechtsmangel Ersatzansprüche verschafft hätte. Nur dann kann § 325, sonst allein § 323 herangezogen werden.

β) erst später, nach Abschluß des Vertrages, wurde dem Verkäufer die Leistung unmöglich. Dann bestimmen sich die Folgen nach den allgemeinen Regeln der §§ 323 ff. Es kommt darauf an, ob Verkäufer den fraglichen Umstand zu vertreten hatte — eine allgemeine Garantie deswegen liegt ihm nicht ob. War er Schuld am Eintritt des Mangels, z. B. er bestellte einem dritten inzwischen ein Recht an der Sache; er duldete, daß ein anderer sie ersitze usw., so haftet er zweifellos nach § 325. Ebenso aber auch, wenn die Sache gepfändet, die Zwangsversteigerung eingeleitet wurde: denn dann ist es Sache des Verkäufers, durch Zahlung derlei Maßnahmen zu beseitigen, und sein subjektives Zahlungsunvermögen kann ihn nach den Grundsätzen des BGB. von dieser Pflicht nicht entbinden.

Anders, wenn es sich um eine aus „objektiven, von der Gestaltung des Rechtskreises des Verkäufers ganz unabhängigen Gründen erfolgende tatsächliche oder rechtliche Entziehung der Sache handelt" (Prot.); also namentlich bei Enteignung, aber auch bei der strafrechtlichen Einziehung aus § 295 RStrGB. Hierfür kann nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, überhaupt nach den allgemeinen Prinzipien des BGB, wie auch schon nach den bisherigen Rechten, der Verkäufer nicht wohl verantwortlich erklärt werden.

Das bestätigt auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, indem ein auf Einführung einer schärferen Haftung abzielender Antrag in 2. Lesung gestellt, aber lebhaft bekämpft und daraufhin zurückgezogen wurde, Prot. 665—7.

Dem hier Gesagten entspricht auch die herrschende Meinung, so Crome § 218, 3, Dernburg § 181, I, Planck Nr. 4a, Schöller bei Gruchot 46 5, jetzt auch Schollmeyer, Aufl. 2 S. 21 (anders Aufl. 1 S. 10). Anders freilich — also für unbedingte Haftung wegen nachträglich eintretender Rechtsmängel — Cosack § 125, II. 4, Goldmann-Lilienthal S 487, teilweise auch Titze, Unmöglichkeit S. 265 6, Endemann § 160a Nr. 3. Aber ihre Gründe sind nicht durchschlagend. § 434, auf den man sich beruft, ist nicht zweifelsfrei und muß sich aus § 440 Abs. 1, der auch seine Wirkungen regelt, nötigenfalls eine Einschränkung gefallen lassen; äußerstenfalls bleibt er eine Sonderbestimmung, aus der sich nicht ohne weiteres ein Prinzip entnehmen läßt.

Auch aus § 438 läßt sich kein argumentum a contrario gewinnen, da die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners überhaupt kein „rechtlicher", sondern eher ein „tatsächlicher" Mangel der verkauften Forderung ist. Andererseits sprechen innere Gründe für die herrschende Ansicht: die Aufbürdung der unbedingten Garantie auch für künftig eintretende, beim Vertragsschluß also noch gar nicht erkennbare Rechtsmängel wäre für den Verkäufer äußerst hart, ginge über seinen zu unterstellenden Verpflichtungswillen weit hinaus, während er die schon vorhandenen kennt oder kennen muß und dem Käufer, wenn er ihn nicht darauf aufmerksam macht, (§ 439) billigerweise dafür einzustehen hat. Endlich wäre die Bezugnahme auf die §§ 323 ff. in Abs. 1 nach der Gegenmeinung unverständlich, mindestens irreführend, indem ihre entsprechende Anwendung zu einer unterscheidenden Behandlung zwischen den vom Verkäufer vertretbaren und nichtvertretbaren Rechtsmängeln führt. Daß die von ihm zugestandene Anwendung des § 323 die Frage offen lasse, was der Verkäufer zu vertreten habe, behauptet Endemann mit Unrecht; denn es ist doch unzweifelhaft, daß § 323 mit den nicht zu vertretenden Umständen nur solche meinen kann, die nach den allgemeinen Regeln, also nach §§ 275—9, vom Schuldner nicht zu vertreten sind. Auf diese wird daher auch in § 440 indirekt verwiesen.

d) Bei Verzug des Verkäufers in Verschaffung der fraglichen Gerechtsame oder Wegschaffung der Lasten kann der Käufer ihm eine Frist nach § 326 bestellen, mit deren Ablauf eine „fingierte Unmöglichkeit der Erfüllung" mit den Wirkungen wie zu c) eintritt.

Bis zum Fristablauf behält der Käufer noch den Anspruch auf die Leistung; er kann darauf klagen und im Klageantrag eventuell, wenn zur Zeit des Urteils wegen Ablauf der Frist der Leistungsanspruch schon erloschen sein sollte, Ersatz des Interesses beanspruchen, s. näheres bei Schollmeyer S. 22 Anm. 3.

3. **Ausnahmsweise Beschränkung der Ansprüche bei Mobilien:**

Auch bei beweglichen Sachen stehen die dargestellten Ansprüche dem Käufer im allgemeinen zu; nur Schadensersatz (Nr. 2c und d) kann, falls die Sache dem

Käufer bereits übergeben war, ausnahmsweise wegen der in Abs. 2 genannten Rechte dritter nur unter den Beschränkungen der Abs. 2—4 gefordert werden. Dies um deswillen, weil sonst der Käufer leicht einerseits wegen des Rechtsmangels eine Entschädigung erhalten und doch andererseits im ruhigen Besitze der Sache bleiben könnte, s. auch Goldmann-Lilienthal S. 491.

Auch hier hat man das reine Eviktionsprinzip verlassen (s. Cosack § 125, III) und den ersten Entwurf gleichfalls, wenn auch nicht so radikal wie bei den sonstigen Kaufgegenständen, erweitert. Einmal stehen die anderen Gerechtsame außer dem Schadensersatzanspruch dem Käufer, wie gesagt, schlechthin zu; zum andern kann er den Ersatz verlangen nicht nur bei wahrer Eviktion, sondern schon:

a) wenn er dem dritten **freiwillig die Sache** mit Rücksicht auf dessen ihn zum Besitze berechtigendes Recht **herausgegeben** hat, Abs. 2. Es zum Prozesse kommen zu lassen, ist der Käufer also nicht verpflichtet, nur wegen der Beweisfrage (s. unten Nr. 4) wird er im allgemeinen eine solche freiwillige Herausgabe zu vermeiden haben.

Das entspricht auch dem richtig verstandenen, wenn schon bestrittenen, Gemeinen Recht, s. Windscheid II § 391 No. 10 und im Ergebnis auch Dernburg, Pand. II § 99 No. 14, während das SächsGB. §§ 932—3 einen Rechtsstreit voraussetzte, s. aber auch § 936.

b) wenn er sie **dem Verkäufer zurückgibt**. Das bedeutet keinen Rücktritt: denn zu einem solchen würde der Käufer in dem hier vorliegenden Falle, wo die Nichterfüllung der Verkäuferpflichten in der Regel nur eine teilweise ist (s. Planck Nr. 5c β, oben Bem. zu § 433), nach §§ 325—6 nur ausnahmsweise in vollem Umfang berechtigt sein, und vor allem würde der Rücktritt nicht, wie doch hier der Fall, einem Ersatzanspruch Raum gewähren, s. Kipp-Windscheid S. 637. Es handelt sich vielmehr um eine besondere, im § 440 gewährte Befugnis des Käufers, die offenbar von keinen weiteren Voraussetzungen abhängig ist. Wählt er, was ihm natürlich frei steht, statt dessen den völligen oder teilweisen Rücktritt, so entfällt der Ersatzanspruch.

Wie, wenn der Verkäufer die angebotene Sache nicht zurücknimmt? Daß er dann nach Maßgabe der allgemeinen Voraussetzungen in Annahmeverzug geriete, was den Käufer zur Hinterlegung der Kaufsache, event. zum Selbsthilfeverkauf berechtigte (so Aufl. 1), ist nicht sicher, da der Verkäufer doch nicht eigentlich Gläubiger auf die Rückgabe war. Aber vielleicht ist die Annahme nicht zu kühn, daß bereits durch die Erklärung des Käufers, zurückgeben zu wollen, einerseits eine Ersatzpflicht des Verkäufers, andererseits eine Rückgabepflicht des Käufers entstanden sei. Mindestens aber wird jene eine durch die Rückgabe bedingte Ersatzpflicht auslösen, die der bedingt Verpflichtete gemäß § 162 durch Ablehnung der Rücknahme nicht wirksam zu beseitigen imstande ist.

c) wenn **die Sache untergegangen ist** — sie steht also inzwischen auf Gefahr des Verkäufers (s. dazu auch oben Nr. 2cα). Anders natürlich bei vom Käufer verschuldetem Untergang.

d) dem Falle a) wirken gleich die Beerbung des dritten durch den Käufer oder des Käufers durch den dritten sowie der Umstand, daß der Käufer das Recht des dritten anderweit erwirbt oder ihn abfindet. Das entspricht im wesentlichen dem GR. (s. l. 49 D. 17, 1, ll. 16 § 1, 21 § 2 D. de evict. 21, 2), teilweise auch dem Landrecht. Der Grund ist der, daß der Käufer nach der jetzigen Gestaltung der Sachlage sich auch durch den Kauf keine andere Position verschafft hat, als er sie auch ohne denselben nunmehr erlangt haben würde. Zum mindesten in dieser unnützen Vermögensaufopferung besteht also der zu ersetzende Schaden, möglicherweise aber auch in dem etwaigen Plus der dem dritten geleisteten Abfindung. Allerdings hat der Käufer ja hier die Kaufsache, aber er hat sie doch nicht so, wie er sie hätte haben müssen: nämlich bereits infolge des ersten Kaufes (Goldmann-Lilienthal S. 492).

Offenbar gilt das Gesagte auch da, wo der dritte dem Käufer die Sache unentgeltlich überlassen hat. Der Wortlaut („anderweit erwirbt" im Gegensatz zu „abfindet") deckt auch solche Fälle, und der geschilderte Grund trifft auch für sie zu. Anders aber sicherlich dann, wenn der Drittberechtigte gerade zur Entlastung des Verkäufers auf sein Recht verzichtet, nicht zwecks Schenkung an den Käufer.

e) dem Falle b) wirkt laut Abs. 4 gleich die Zession des etwaigen Anspruches auf Herausgabe der Sache an den dritten, z. B. des Diebstahls-, des Besitzanspruches, aber auch der Ansprüche aus dem Miet-, Verwahrungsvertrag usw. Daß die Klage wegen des nicht vorhandenen Rechts unter Umständen nicht durchdringen wird, verschlägt nichts; dafür hat ja gerade der Verkäufer aufzukommen!

4. Die **Berechnung des Schadensersatzes** vollzieht sich in den Fällen des § 440 nach allgemeinen Regeln, s. dazu nur das oben 2c α Gesagte. Selbstverständlich muß in den Fällen zu 3) der Käufer sich auf den Ersatz die erlangten Nutzungen und den Wert des von der übergebenen Kaufsache gemachten Gebrauches für die Zwischenzeit in Ansatz bringen lassen, Matthiaß S. 495.

5. **Beweis**: Anders, als nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 320ff., muß auf Grund der positiven Bestimmung des § 442 der Käufer im Streitfalle den Beweis erbringen, daß der Verkäufer die ihm obliegenden Verbindlichkeiten nicht erfüllt hat, sowie im Fall einer zu Besitz überlassenen Mobilie, daß die besonderen Voraussetzungen der Abs. 2—4 eingetreten seien.

Die bloße Möglichkeit des Rechtsmangels, auch die Tatsache eines vom dritten Prätendenten angestrengten Prozesses verleiht dem Käufer für sich noch keinerlei Ansprüche; insbesondere kann er deswegen auch nicht, anders als nach GR. (l. 19 [18] § 1 D. 18, 6; l. 24 C. 8, 44 [45], sog. exceptio evictionis imminentis) und SächsGB. § 943, den noch nicht gezahlten Kaufpreis zurückbehalten.

Selbst der Umstand, daß der Käufer dem dritten gegenüber sachfällig geworden ist, macht den Verkäufer noch nicht ohne weiteres haftbar — das kann auf dessen Verhältnis zum Käufer an sich unmöglich einwirken. Allein nach den Bestimmungen der ZPO. kann der Käufer den Verkäufer durch Streitverkündung (§ 72ff.) zum Rechtsstreit zuziehen; tritt der Verkäufer nicht bei, so kann er nachher aus der angeblich unrichtigen Entscheidung des gegen den Käufer ausgefallenen Prozesses keinen Einwand mehr herleiten, § 74 Abs. 3 in Verb. mit § 68: tritt er bei, so wird er Nebenintervenient, § 74 Abs. 1, kann also seinerseits alle Angriffs- und Verteidigungsmittel gegen den dritten geltend machen, wird aber auch nachher gemäß § 68 der Hauptpartei gegenüber mit der Behauptung der unrichtig entschiedenen Sache nicht mehr gehört.

Man sieht daraus, daß der Käufer, der es zum Prozeß kommen läßt, dem Ergebnis nach die ihm zunächst obliegende Beweislast wegen des Rechtsmangels von sich abzuwälzen in der Lage ist.

6. **Verjährung**: Sie ist die gewöhnliche, dreißigjährige.

7. § 440 ist auch beim Gattungskauf anwendbar, schon deshalb, weil gemäß §§ 243, 480 der Käufer das ihm gelieferte Stück aus der Gattung wie den Gegenstand einer Speziesschuld behandeln kann. S. Kipp-Windscheid S. 637 unten.

§ 441.

Die Vorschriften des § 440 Abs. 2 bis 4 gelten auch dann, wenn ein Recht an einer beweglichen Sache verkauft ist, das zum Besitze der Sache berechtigt.

E. I. und II, Mot. und Prot. wie zu § 440. — RB. 435.

Der § 441 führt die in § 440 beim Verkauf von Mobilien aufgestellten Haftungsbeschränkungen auch für die Fälle ein, wenn ein zum (unmittelbaren) Besitze berechtigendes Recht an einer solchen, nicht auch an einer unbeweglichen Sache, verkauft ist. Dahin gehören:

a) die verkaufsweise erfolgten Neubestellungen solcher Rechte: also namentlich des Nießbrauches (§ 1036), möglicherweise auch eines gegen eine Geldleistung bestellten Pfandrechtes.

b) die Veräußerungen bestehender Gerechtsame solcher Art, natürlich soweit sie überhaupt statthaft sind.

Ist dies beim Nießbrauch der Fall? Freilich ist eine Übertragung desselben nicht der Substanz, sondern nur der Ausübung nach zulässig (§ 1059), und damit wird natürlich dem Käufer nicht eigentlich ein dingliches Recht bestellt. Trotzdem ist der Paragraph, sowohl nach dem Sinne wie selbst nach dem Wortlaute, anzuwenden, da der Nießbrauch immerhin, soweit überhaupt tunlich, Objekt des abgeschlossenen Geschäftes war.

Nicht dahin gehört die kaufweise Überlassung eines Mietrechtes; denn dieses hat, besonders bei Mobilien, keineswegs dinglichen Charakter.

§ 442.

Bestreitet der Verkäufer den vom Käufer geltend gemachten Mangel im Rechte, so hat der Käufer den Mangel zu beweisen.

E. I 379, E. II 383, RV. 436. — Mot. S. 222—3, Prot. S. 665.

1. Die in gewissem Sinne singuläre (s. Bem. 5 zu § 440) Beweisregelung des § 442 entspricht im wesentlichen dem bisherigen Rechte, s. für das GR. Windscheid II § 391 No. 10, ferner Code Art. 1640, SächsGB. § 935. Der Grund liegt wohl darin, daß der Verkäufer durch die faktische Überlassung der Kaufsache immerhin nach dem ersten Anschein seine Pflicht erfüllt hat; nur wenn diese Überlassung positiv als eine die Ansprüche dritter nicht ausschließende erwiesen wird, stellt sie sich als ungenügend heraus. Aber die Bestimmung gilt nicht nur für diesen, freilich praktisch bei weitem wichtigsten Fall, sondern auch schon, wenn der Käufer vor der Übergabe den Rechtsmangel rügt; sie gilt ferner gleichmäßig, mag der Käufer wegen des Mangels klagen oder sich gegen die Klage des Verkäufers auf den Kaufpreis einredeweise darauf berufen.

Anders ist es natürlich, wenn die Fähigkeit des Verkäufers zur tatsächlichen Überlassung der Kaufsache streitig ist. Daß er sie zu vollziehen imstande sei, event. auch daß er sie bereits vollzogen habe, muß der Verkäufer nach allgemeinen Grundsätzen beweisen.

Übrigens s. Bem. 5 zu 440.

§ 443.

Eine Vereinbarung, durch welche die nach den §§ 433 bis 437, 439 bis 442 wegen eines Mangels im Rechte dem Verkäufer obliegende Verpflichtung zur Gewährleistung erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt.

E. I 380, E. II 384, RV. 437. — Mot. S. 223—4, Prot. S. 667.

1. Entsprechend dem bisherigen Recht wird auch vom BGB. ein **vertragsmäßiger Ausschluß der Rechtsmängelgewähr** (**pactum de non praestanda evictione**) im Prinzip als zulässig anerkannt; die bisherigen Haftungsgrundsätze sind nachgiebiger Natur, können also durch Vertrag mehr oder minder abgeschwächt, natürlich aber auch umgekehrt auf die gleiche Weise erweitert werden — wie weit, ergibt sich aus der besonderen Parteiabrede.

Die Abschwächung wie die völlige Ausschließung der Haftung kann insbesondere auch stillschweigend erfolgen, ohne weiteres aus der Eigenart des konkreten Geschäftes sich als beabsichtigt ergeben. S. darüber Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge im Entwurf, S. 26 (z. B. bei Verkäufen eines Sachkomplexes um einen ganz billigen, unverhältnismäßig geringen Preis).

2. Ihre Grenzen finden die zulässigen Haftungsbeschränkungen an der **Arglist** des Verkäufers: das pactum de dolo non praestando wird auch hier, entsprechend der allgemeinen Satzung des § 242 und dem § 276, für nichtig erklärt. Auch dies in Einklang mit dem bisherigen Recht, s. ll. 6 § 9, 11 § 18 D. 19,1; Landrecht I, 11, §§ 137—8.

Über den **Begriff des arglistigen Verschweigens** s. Beer, DJZ. **04** 88 ff., Süßheim, Bl. f. RA. **66** 203 ff., 223 ff., 237 ff., Staub zu HGB. § 377 Anm. 123 ff. Keinenfalls ist jedes Verschweigen eines Mangels durch den Verkäufer arglistig: z. B. er war zu der Annahme berechtigt, daß der Käufer durch Einsicht des Grundbuches, oder durch Inaugenscheinnahme des Kaufobjektes selbst den Mangel entdeckt habe. Ebensowenig ist „arglistig“ mit „vorsätzlich“ gleichzustellen, es steht vielmehr dabei ein engerer Begriff in Frage: vorsätzlich könnte das Verschweigen auch sein, wenn der Verkäufer mit der Wahrscheinlichkeit einer Kenntnis des Käufers rechnete und es ihm nur peinlich war, den unangenehmen Umstand des Mangels geradezu zur Sprache zu bringen. Aber arglistig kann ein solches Verhalten nicht ohne weiteres genannt werden, richtig OLG. Augsburg, 10. VI. 1905, ZfRechtspfl. Bayern I, S. 395. Wohl aber liegt ein solches vor, wenn der Verkäufer der Kenntnis des Mangels durch

den Käufer — etwa durch Versicherung der Tadellosigkeit — geradezu entgegenwirkt, ihn verdeckt oder den Käufer in Sicherheit wiegt, s. RG. 14. XII. 1903 bei Gruchot **48** 336. Aber auch darüber hinaus überall da, wo der Verkäufer schweigt, wissend, daß der Gegner den Mangel nicht kennt und anzunehmen Grund hat, daß er nur infolge dieser Unkenntnis die Ware überhaupt oder doch zu den vereinbarten Bedingungen annehmen werde (so auch RG. 13. I. 1904, Jur. Woch. **04** 113). Ähnlich Staub mit Angaben aus der älteren Praxis. Verfehlt Süßheim, der schon „subjektive bewußte Lässigkeit" genügend sein läßt, was doch wohl nur Vorsatz im Sinne des sog. dolus eventualis bedeuten kann.

Bloße Zweifel des Verkäufers über sein Recht sind als solche nicht ausreichend, um sein Schweigen zu einem arglistigen zu stempeln. So gegen die mißverständliche Entsch. des RG. ZS. V vom 16. V. 1903, Seuffert 58 Nr. 167 S. 314, zutreffend Beer aaO. und Planck.

3. Dies arglistige Verschweigen muß der Käufer **beweisen**, wenn er darauf, der vollzogenen Abrede zuwider, Rechte stützt.

4. Ob der Verkäufer auch für das **arglistige Schweigen seiner Gehilfen** im Sinne des § 443 hafte, ist sehr zweifelhaft. Dafür Staub aaO. Anm. 127. Das Bedenken, hier stehe doch kein Verschulden bei Erfüllung einer Verbindlichkeit (§ 278 BGB.) in Frage, versucht er dadurch zu zerstreuen, daß er dem Verkäufer „die Vermeidung der Arglist" als besondere Vertragspflicht auferlegt sein läßt. Das ist mindestens bei physischen Mängeln, von denen Staub in seinem Zusammenhang allein redet, für das BGB. bedenklich, weil der Verkäufer ihretwegen nur Gewährleistung schuldet, nicht Mangelfreiheit (s. Nr. 2 a γ § 433), und auch bei Rechtsmängeln nicht zweifellos. Die Vermeidung von Arglist ist keine selbständige Pflicht, sondern steht nur im Dienste der Verschaffungspflicht, und ob sich § 278 auch auf sie beziehe, ist nicht sichergestellt (s. Bem. 3 a dazu). Somit überwiegen wohl die Gründe für die verneinende Meinung, besonders deshalb, weil die in § 443 enthaltene Pflicht auch dann besteht, wenn die Rechtsverschaffungspflicht vertragsmäßig beseitigt oder doch durch Gewährverzicht ihrer rechtlichen Bedeutung enthoben ist. Man kann auch in solchen Fällen nicht von einer selbständigen positiven Aufklärungspflicht reden — die Verletzung einer solchen müßte auch bei bloßer Fahrlässigkeit ersatzpflichtig machen. Somit entspringt die Haftung des § 443 überhaupt als solche nicht aus einer Pflichtverletzung — das arglistige Verschweigen begründet eine Pflicht, nicht verletzt es eine solche.

Wegen des Verschweigens faktischer Mängel durch Gehilfen s. Bem. zu § 463.

5. Bestimmungen, die denen des § 443 entsprechen, finden sich im BGB §§ 476 (s. ferner § 460 Satz 2, 463 Satz 2) und HGB. § 377 Abs. 5, s. auch Bem. dazu.

§ 444.

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer über die den verkauften Gegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse, insbesondere im Falle des Verkaufs eines Grundstücks über die Grenzen, Gerechtsame und Lasten, die nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise des Rechtes dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, auszuliefern. Erstreckt sich der Inhalt einer solchen Urkunde auch auf andere Angelegenheiten, so ist der Verkäufer nur zur Erteilung eines öffentlich beglaubigten Auszugs verpflichtet.

E. I 462, E. II 385, RV. 438. — Mot. S. 322, Prot. II S. 58.

1. **Prinzip**: Die Vorschrift ergibt sich eigentlich schon aus der Natur des Kaufgeschäftes in Verbindung mit dem dasselbe beherrschenden Grundprinzip des § 242. Sie bezieht sich auf alle Kaufverträge, nicht nur auf die über Sachen.

Die Auskunftspflicht trifft den Verkäufer wegen aller „rechtlichen Verhältnisse", keineswegs nur wegen des Bestehens von Rechten dritter, obwohl natürlich auch diese — namentlich die vorhandenen Mietverhältnisse — mitzuteilen sind. Es gehören

dahin außer den im Text selbst genannten Dingen: das Vorhandensein etwaiger Baubeschränkungen; ein etwaiger Versicherungszwang wegen des Kaufobjektes und das Dasein sowie die Dauer einer vielleicht schon genommenen Versicherung; das Schweben eines Enteignungsverfahrens; bei Verkäufen ganzer Vermögenskomplexe die darauf lastenden Schulden.

Die Auskunftspflicht bezieht sich nach Wortlaut und Sinn auf einen bereits abgeschlossenen Kauf, sie ist eine Pflicht ex contractu, nicht in contrahendo. So auch RG. ZS. V vom 17. IX. 1902, Bd. 52 Nr 45 S. 168. Sie kann daher insbesondere nicht verwendet werden, um den Verkäufer wegen ihrer Verletzung auch dann verantwortlich zu machen, wenn der Käufer den Rechtsmangel beim Kaufabschluß gekannt und daher nach § 439 seinetwegen keinen Gewährschaftsanspruch hat.

Sie bezieht sich ferner nur auf die das rechtliche Verhältnis begründenden „tatsächlichen Unterlagen", zu „rechtlichen Belehrungen" darüber hinaus ist der Verkäufer nach § 444 nicht verpflichtet, RG. aaO.

2. **Urkunden:** Insbesondere hat der Verkäufer diejenigen Urkunden herauszugeben, bei denen folgende zwei Voraussetzungen zutreffen:

a) sie müssen „zum Beweise des Rechtes" dienen. Damit ist nicht nur das verkaufte Recht gemeint, auf das Entw. I seinem Wortlaut nach allein ging, sondern jedes Recht, auf das sich nach Nr. 1 die Auskunftspflicht bezieht. Also nicht nur Kaufverträge, Schuldscheine — diese auch schon auf Grund von § 402 — sondern auch die Mietverträge, Versicherungspolizen, Ausfertigungen von auf die Kaufsache bezüglichen gerichtlichen Entscheidungen usw.

b) der Verkäufer muß sie in (wenigstens mittelbarem nach § 868) Besitz haben; jedoch wird er auch nach Treu und Glauben für verpflichtet zu erachten sein, sich den ihm entzogenen Besitz, wenn er dazu in der Lage ist, wieder zu verschaffen (z. B. die Urkunde war gestohlen und der Dieb ist entdeckt).

Beschränkt ist die Herausgabepflicht bei den in Satz 2 genannten Urkunden, z. B. die Police lautete neben den verkauften auch auf andere Gegenstände. Alsdann kann der Käufer nur einen Auszug verlangen, dessen Inhalt sich auf die mit dem Kauf zusammenhängenden Punkte zu beschränken hat; damit er prüfen könne, was dazu gehöre, wird man dem Käufer nach § 810 einen Anspruch auf Vorlegung der ganzen Urkunde zu gewähren haben. Denn dieselbe bekundet in solchen Fällen wenigstens unter anderem ein Rechtsverhältnis, in das er nunmehr als Käufer eingetreten ist, und es ist nicht einzusehen, warum das nicht zur Anwendung des § 810 genügen solle. AA. zu Unrecht Planck Nr. 2 Abs. 2, sowie Türcke-Riedenführ Nr. 8, wie hier Endemann § 160a Anm. 46, der sich auch auf die Analogie von GBO. § 11 [1] Satz 2 beruft, wohl mit Recht. Zuzugeben ist nur, daß der Anspruch im strittigen Fall durch § 444 nicht genügend gestützt wird.

3. **Rechtsfolgen:** Auf Erfüllung seiner Ansprüche aus § 444 kann der Käufer klagen, nötigenfalls auch gemäß §§ 883 und 888 ZPO. die Zwangsvollstreckung betreiben. Die Nichterfüllung berechtigt ihn zur Verweigerung der geschuldeten Gegenleistung, gibt ihm auch die sonstigen Rechte aus §§ 320 ff., wobei indes der Umstand zu berücksichtigen ist, daß im Verstoß gegen § 444 nur eine teilweise Nichterfüllung der Verkäuferpflichten — in der Regel wohl nur eines minimalen Teiles — gefunden werden kann.

§ 445.

Die Vorschriften der §§ 433 bis 444 finden auf andere Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung.

E. II 386, RB. 439. — Prot. S. 653—4, 668, D. S. 91.

1. Während die Verpflichtungen zur Gewährleistung im Entw. I als Teil der allgemeinen Lehren des Schuldrechts für alle Veräußerungsverträge gegeben waren, stellten Entw. II und BGB. sie in den Abschnitt vom Kauf, verfügten aber zugleich in § 445 ihre Anwendbarkeit für die anderen hier bezeichneten Verträge.

Dahin gehören: der Vergleich (so auch RG. 54 Nr 47 S. 167), der Trödelvertrag, falls der Empfänger in dessen Verlauf den Gegenstand behält, das buchhändlerische Kommissionsgeschäft und andere Verträge dieser Art mehr. Auch

auf die Einbringung von Stücken in das Gesellschaftsvermögen ist § 445 unter Umständen anwendbar (s. § 706), nicht minder auf Dienst-, Werk- und ähnliche Verträge, wenn die Gegenleistung des Arbeitnehmers in Sachleistungen besteht. Für einige Fälle ist daneben noch besonders die Anwendbarkeit der Kaufregeln vorgeschrieben, so in §§ 365 (Hingabe an Zahlungsstatt), 515 (Tausch), 651 (Werklieferungsvertrag), 757 (Gemeinschaft), teilweise auch in §§ 541 und 581 Abs. 2 (Miete und Pacht).

Unanwendbar ist dagegen die Bestimmung bei gesetzlicher Verpflichtung zur Veräußerung (z. B. Enteignung), ebenso bei unentgeltlichen Verträgen, s. für solche §§ 523 und 1624 Abs. 2; ferner bei der Veräußerung gepfändeter Sachen, s. ZPO. § 806.

Zweifelhaft ist die Sache bei der Auslobung. Zwar das Moment der Entgeltlichkeit wird angesichts der vom andern Teil vorzunehmenden Handlung als gewahrt anzusehen sein, es fehlt aber an dem der Vertragsmäßigkeit der Verpflichtung. Jedoch wird man nach dem in der Vorbem. vor § 305 Nr. 3 Gesagten die Regeln der Verträge auch auf solche einseitigen Verpflichtungsakte analog anwenden und danach die Frage bejahen dürfen.

Das muß dann auch gelten für Schuldverschreibungen auf den Inhaber, sofern sie, was zulässig ist, die Berechtigung des Gläubigers von einer Gegenleistung abhängig machen.

§ 446.

Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache.

Wird der Käufer eines Grundstücks vor der Übergabe als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, so treten diese Wirkungen mit der Eintragung ein.

E. I 463^{1-2}, E. II 387, RV. 440. — Mot. S. 322—4, Prot. II S. 58—62, D. S. 91.

Literatur: Martinius, ArchBürgR. 17, 50ff.

1. **Prinzip für die Gefahr beim Kauf:** Der § 446 regelt die Frage der Gefahr beim Kaufvertrag, und zwar nicht durchweg in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Grundsatz in § 323. Im Gegensatz zu dem bekannten römischen Satze „emtoris est periculum", aber übereinstimmend mit dem Landrecht (I, 11, § 95) wird der Übergang der Gefahr — die bis dahin der Verkäufer als Eigentümer trägt — noch nicht an den Abschluß des Vertrages geknüpft, sondern erst an einen späteren Zeitpunkt, und zwar:

a) im allgemeinen an die **Übergabe**. Ob aber diese bei körperlichen Sachen im Sinne der Besitz- oder der Eigentumsübertragung zu verstehen sei, ergibt sich aus dem Texte nicht deutlich. Die Frage, die nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch wichtig (s. unten) ist, wird von den meisten im zweiten Sinne entschieden, so von Cosack § 122, II, 5, Crome § 213, I, Eccius bei Gruchot **41** 883, Martinius S. 54, Matthiaß S. 515—6, Kisch, Unmöglichkeit S. 62, Titze, Unmöglichkeit S. 257, Schollmeyer S. 18. Denn sie lassen die Übergabe nicht nur, was im Sinne der Besitzübertragung allein zulässig wäre, durch sogen. traditio brevi manu, sondern selbst durch constitutum possessorium (§ 930) und Vindikationszession (§ 931) mit der Wirkung des Gefahrüberganges ersetzt werden, obwohl von einer Übergabe hier nach der Anschauung des BGB. nicht die Rede ist („kann die Übergabe ersetzt werden") und die Akte ihr nur im Sinne des Eigentumsüberganges gleichstehen.

Dagegen verstehen die „Übergabe" des § 446 nur in possessorischem Sinne und stellen ihr die Akte der §§ 930—1 nicht gleich Düringer-Hachenburg III S. 54, Emerich aaO. S. 35, 44, Endemann § 159a Anm. 47, Goldmann-Lilienthal S. 479—80, Kahn, Recht 03 547, Planck Nr. 2b α; vermittelnd Kober-Staudinger Nr. 1, 2a, der zwar den Akt des § 930, aber nicht den des § 931 genügen läßt.

M. E. ist im Sinne der ersten Auffassung zu entscheiden. Daß § 446 den Gefahrübergang nicht an die bloße Besitzüberlassung geknüpft wissen will, ergibt sich deutlich aus § 440 Abs. 1 und Abs. 2 a. E., wonach auch nach erfolgter Übergabe § 323 anwendbar ist, der Käufer sogar nach erfolgtem Untergang der Sache Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer geltend machen kann, wenn ihm die Übergabe das Eigentum nicht verschafft hatte wegen eines Rechtsmangels des Verkäufers. Die Übergabe bürdet somit dem Käufer die Gefahr noch nicht auf, wo sie ihm das Eigentum nicht verschaffen kann. Man wird daher wohl folgerecht in dem Falle nicht anders entscheiden können, wo sie es ihm nicht verschaffen soll, d. h. wo der Eigentumsübergang noch vertragsmäßig aufgeschoben ist. Das wird außer von Eccius auch sogar von Planck zugegeben, wenigstens für die Fälle, wo die Übergabe bloß zur Nutzung auf Grund eines mit einem befristeten Kaufe verbundenen Nebenvertrages erfolgt ist. Kann somit nur die eigentumsübertragende Übergabe in § 446 im Sinne des Gefahrüberganges für maßgebend erklärt sein, so fehlt es andererseits an einem genügenden Grunde, der Übergabe in diesem Sinne nicht auch die Akte gleichzustellen, die sie in Bezug auf den Eigentumsübergang nach §§ 930—1 zu ersetzen imstande sind: Konstitut und Vindikationszession. Freilich braucht sich der Käufer mit ihnen in der Regel nicht zu begnügen, da er nach § 433 vom Verkäufer neben der Rechtsverschaffung auch noch eine wirkliche Übergabe verlangen kann, was jene Akte im Sinne des BGB. nicht sind. Hat er sich aber einmal mit ihnen begnügt, so wäre es bedenklich, wenn er demungeachtet noch dem Verkäufer die Gefahr aufbürden könnte. Das verstieße vielfach sogar gegen Treu und Glauben, zum mindesten aber — darauf scheint auch Planck hinzudeuten — gegen den zu unterstellenden Sinn der Abrede, in der man für die fraglichen Fälle einen Verzicht auf die körperliche Übergabe wird finden dürfen.

b) Bei Immobilien entscheidet zwar zunächst gleichfalls die Übergabe, aber sie tut das nach Abs. 2 nicht schlechthin, sondern nur dann, wenn sie der Auflassung und Eintragung des Käufers im Grundbuch vorgeht. Entgegengesetztenfalls bewirkt bereits diese Eintragung den Gefahrübergang. Damit entscheidet das Gesetz eine unter der Herrschaft der Preußischen Grundbuchgesetze vom 5 Mai 1872 aufgetauchte berühmte Streitfrage, s. Eccius, Privatrecht I, § 108, No. 13, Dernburg, Privatrecht I, § 242 Nr. 4 und die dort mitgeteilte Judikatur.

Sehr zweifelhaft ist die Anwendbarkeit des Gefahrüberganges durch Übergabe bei Grundstücken dann, wenn **ein dritter** der Eigentümer war. Wollte man ihn hier als eingetreten behandeln, so könnte der Verkäufer den Kaufpreis einstreichen oder behalten, obwohl ihm durch den Untergang der Sache nichts entzogen ist und auch die Bereicherungshaftung aus § 816 ihm gegenüber nicht Platz greift. Ein unannehmbares Ergebnis! Würde man § 446 auch auf solche Fälle anwenden, so würde das einen unverständlichen Widerspruch zu § 440 Abs. 2 a. E bedeuten, der in solchem Fall dem Käufer bei Mobilien einen Schadenseriatzanspruch gewährt, s. Bem. dazu, also erst recht (s. Abs. 1 daselbst im Vergleich mit Abs. 2) die andern aus der mangelnden Rechtsverschaffung entspringenden Rechte. Und doch soll — vgl. wiederum § 440 Abs. 1 mit Abs. 2 — der Rechtsmangel bei Immobilien schärfer, nicht schwächer wirken als bei Mobilien! Nach alledem muß man annehmen, daß nach § 446 Abs 2 die Gefahr nur dann übergehe, wenn der Verkäufer Eigentümer war oder mindestens gegen den Eigentümer einen Anspruch auf Übereignung bezw. auf Genehmigung der Veräußerung hatte. Man kann das vielleicht selbst mit dem Wortlaut dadurch vereinigen, daß in anderen Fällen die Übergabe dem Käufer noch gar keinen endgültigen — weil nur einen durch den Eigentumsanspruch des Drittberechtigten jederzeit entziehbaren — Besitz verschafft hatte.

c) Will man aus diesen Bestimmungen ein **allgemeines Prinzip entnehmen**, so wird es nicht das sein können, daß, wie nach § 323, der Übergang der Gefahr erst eintritt, wenn der Verkäufer seine ihm nach § 433 obliegenden beiden Hauptverpflichtungen, die Übergabe der Kaufsache und die Eigentumsverschaffung daran, erfüllt hat. Vielmehr ist in Gemäßheit des Satzes „casum sentit dominus" grundsätzlich oder doch „in der Regel" (Kisch, Unmöglichkeit S. 68, mit dem das hier

Gesagte in der Sache übereinstimmt, anders freilich Cosack § 122, II, 4) der Moment der Rechtsverschaffung entscheidend, und nur in einigen Ausnahmefällen, insbesondere nach Abs. 2 bei Immobilien da, wo die Rechtsverschaffung der faktischen Übergabe nachfolgt, hat man aus billigen Rücksichten auf den Verkäufer schon letztere für genügend erachtet, s. Eccius bei Gruchot 41 883. Der Verkäufer ist oft ohne sein Verschulden nicht in der Lage, die Auflassung vorzunehmen, etwa weil er seine Legitimation noch nicht erbringen kann, weil materiell nicht mehr bestehende Beschränkungen zuvörderst im Grundbuch zu beseitigen sind; ihn dann noch haften zu lassen, obwohl er im Interesse des Käufers diesem schon den Besitz verschafft und sich selbst damit zu weiterer Bewachung außer Stand gesetzt hat, wäre schwerlich sinngemäß. Bei Mobilien freilich kommt dieser Gesichtspunkt nicht in Betracht; mit Übertragung des Besitzes konnte, wenn anders der Verkäufer überhaupt Eigentümer war, auch das Eigentum ohne weiteres übertragen werden; solange dies nicht geschehen, lag es am freien Willen des Verkäufers, und es erscheint hier nicht unbillig, ihm die Gefahr noch zu belassen. Aber auch bei Immobilien wird man mit Eccius aaO. gegen Martinius S. 61 die Gefahr dann als noch nicht übergegangen erachten dürfen, wenn die Übergabe vertragsmäßig zu einem früheren Zeitpunkt als die Eigentumsübertragung erfolgt ist, indem sie hier weniger auf Grund des Kaufes als auf Grund eines besonderen Gebrauchsüberlassungsvertrages erfolgt war.

Gegen das hier Gesagte kann man auch nicht § 447 anführen. Allerdings widerspricht er dem hier angenommenen Prinzip, er macht sich aber dafür deutlich als eine bloße Ausnahme kenntlich (s. auch Kisch S. 68) und würde zudem auch zu dem gegenteiligen Grundsatz, wonach die Übergabe des Besitzes entscheidet, nicht passen, da die Versendung keineswegs als solche den Käufer schon zum Besitzer macht.

d) Mit Hilfe des damit gewonnenen Prinzips sind auch die im Gesetze nicht unmittelbar entschiedenen Fälle zu erledigen, wo es sich nicht um den Verkauf von Sachen, sondern etwa von Rechten an fremder Sache, Forderungen usw. handelt: maßgebend ist für den Gefahrübergang überall der Zeitpunkt der Verschaffung des Rechtes, also die Eintragung des Käufers im Grundbuch, die Zession usw. Wegen zum Besitze berechtigender dinglicher Rechte s. § 451 und Bem. dazu.

Zu demselben Ergebnis führt auch die Erwägung, daß das allgemeine Prinzip des § 323 (Gefahr des Schuldners bis zur vollzogenen Erfüllung) für diese Fälle, weil nicht besonders eingeschränkt, Geltung behalten soll.

2. **Bedeutung des Gefahrüberganges**: Von dem zu Nr. 1 entwickelten Zeitpunkt ab schadet ein Untergang oder eine Verschlechterung des Kaufgegenstandes den Ansprüchen des Verkäufers nicht mehr, während Ereignisse aus der vorhergehenden Zeit auf sie nach den allgemeinen Regeln der §§ 323 ff. einwirken. Doch ist mit Crome § 213 Anm. 4 anzunehmen, daß unter den „Verschlechterungen", deren Gefahr der Verkäufer solange zu tragen hat, nicht jede „Verminderung einer vorteilhaften Eigenschaft" zu verstehen sei, sondern nur eine „wirtschaftlich für das Kaufgeschäft besonders fühlbare" Beeinträchtigung, z. B. nicht die Beschädigung eines einzelnen Baumes im Obstgarten durch Sturm.

3. **Prinzip für den Übergang der Nutzungen und Lasten**: Der römische Satz „cuius est periculum, eius et commodum", ist, als innerlich durchaus angemessen, im BGB. beibehalten worden; er hat aber natürlich wegen der Anknüpfung der Gefahr an einen anderen, späteren Zeitpunkt seine Bedeutung gleichfalls entsprechend geändert.

Für die meisten Fälle würde sich die Bestimmung schon aus dem allgemeinen Satze, daß die Erzeugnisse dem Eigentümer der Muttersache zufallen (§ 953), ergeben; sie enthält aber neues einmal, weil die Kategorie der Nutzungen umfassender ist als die der Erzeugnisse, zum andern, weil danach in den Fällen vorgängiger Übergabe eines Grundstückes auch ein Nichteigentümer Ansprüche auf die Erzeugnisse gewinnt. Und zwar erlangt er ihr Eigentum hier kraft Gestattung des ihm dazu aus dem Kaufvertrage verpflichteten Eigentümers, also gemäß § 956 mit der Trennung. S. wegen der Fruchtverteilung auch § 101.

Über den **Begriff der Nutzungen** s. § 100 und Bem. dazu: es gehören dahin außer den Früchten u. a. auch die Versicherungsgelder, die mit dem Eigengebrauch der Sache verbundenen Vorteile usw. Auch die dem Eigentümer zufallende Hälfte des in der Kaufsache gefundenen Schatzes (§ 984) wird dahin zu rechnen sein, nach Analogie des in dieser Beziehung wohl noch paradigmatisch verwendbaren

Römischen Rechts (s. dazu Jhering, Abhandlungen Nr. 1, 1843, Mommsen, Erörterungen, H. 1, 1859). Aber nicht das sog. „lucrum ex negotiatione perceptum".

Etwaige **Akzessionen** der Kaufsache (z. B. eingefügte wesentliche Bestandteile, § 946) fallen nicht unter den § 446; sie gebühren gleichfalls dem Käufer, und zwar nicht erst vom Gefahrübergange, sondern schon vom Vertragsschlusse ab, weil sie eben untrennbar zur verkauften und zu liefernden Sache gehören. Ob sich das auch auf die neu hinzutretenden unwesentlichen Bestandteile und Zubehörstücke beziehe, ergibt die Auslegung des besonderen Parteiwillens.

Als Gegenstück der Nutzungen fallen dem Käufer von dem Gefahrübergang ab auch die **Lasten** des Kaufgegenstandes zu. Dahin gehören sowohl die öffentlichen (s. über den Begriff § 436 und Bem. dazu, z. B. Grundsteuern, Deichlasten, Kanalisationsgebühren), als die privaten Lasten (Wassergelder, Reallasten usw.); und zwar kommt es für das Verhältnis der Parteien nicht darauf an, von welchem Zeitpunkt ab dem dritten Berechtigten gegenüber der Käufer als Verpflichteter an Stelle des Verkäufers tritt — das wird sich meist nach dem Moment des Eigentumserwerbes richten, so z. B. wegen der Reallasten § 1108. Vgl. wegen der Lastenverteilung auch § 103. Nicht unter die Vorschrift von Abs. 1 Satz 2 fallen die an private Versicherungsanstalten zu leistenden Prämien; ihretwegen kann der Versicherer sich nicht ohne weiteres fortan an den Käufer halten, so mit Recht OLG. Königsberg bei Seuffert Nr. 198 S. 350. Denn sie ruhen nicht auf der Sache, sondern persönlich auf dem Versicherungsnehmer.

4. **Anwendung auf den Gattungskauf:** Die Sätze des § 446 gelten bei ihrer allgemeinen Fassung nicht nur für den Spezies-, sondern auch für den Gattungskauf. Die Gefahr geht in dem Augenblick über, der nach den Regeln des Sachenrechts als derjenige der Übergabe anzusehen ist. Sind bei ihr Mittelspersonen beteiligt, so kommt es darauf an, als wessen Vertreter im Besitz man sie anzusehen hat. Besonders für den Fall der Distanzsendung s. die Sonderbestimmungen des § 447.

5. **Früherer und späterer Übergang der Gefahr.** Die Regeln des § 446 gelten nicht ausnahmslos; ein früherer Übergang der Gefahr tritt vielmehr in folgenden Fällen ein:

a) bei **Annahmeverzug** des Käufers trägt er die Gefahr, § 324, s. Bem. dazu; wegen gattungsmäßig bestimmter Sachen s. auch § 300, Abs. 2.

b) beim **Erbschaftskauf** trägt der Käufer die Gefahr allgemein vom Vertragsschlusse ab, § 2380.

c) Außerdem kann **durch Parteiabrede** ein früherer Gefahrübergang vereinbart werden. In solchem Fall entfällt auch ohne weiteres insoweit die Bestimmung des Satz 2 wegen der Nutzungen. Denn das Anrecht auf sie bildet einen naturgemäßen Ausgleich für die Gefahr, die Sätze 1 und 2 in Absatz 1 können sinngemäß nicht auseinandergerissen werden. S. Mot. S. 325.

Andererseits steht auch einer vertragsmäßigen weiteren Hinausschiebung des Gefahrüberganges im allgemeinen nichts im Wege.

6. **Besondere Fälle.** In einigen eigenartigen Fällen, über die das BGB. nichts besonderes bestimmt, kann die Anwendbarkeit der Sätze des § 446 zweifelhaft erscheinen:

a) beim **alternativen Kauf**, s. dazu die ausführliche und zutreffende Erörterung bei Kipp-Windscheid II S. 624—5.

b) beim **bedingten Kauf**, s. Kisch S. 66/7.

α) Ist er aufschiebend bedingt, so findet bei Untergang des Kaufobjektes während Schwebens der Bedingung die Situation gar nicht mehr die Vorbedingung eines gültigen Kaufes — die Existenz einer Ware — vor. Folglich kann das Geschäft nicht gültig zustande kommen, auch trotz etwa erfolgter früherer Übergabe. Der etwa gezahlte Preis ist zurückzuerstatten. Diese Regelung entspricht auch dem Vorbilde des Römischen Rechts. Ebenso Crome S. 419–20; Dernburg § 174, V; anders (d. h. für den Gefahrübergang) Düringer-Hachenburg III, 60; sowie, falls die Parteien Rückwirkung der Bedingung vereinbart haben, Cosack § 122, II, 9; Kisch S. 66; Matthiaß S. 516. Nach Kipp aaO. S. 625, Titze S. 258 soll die Gefahr nur dann übergehen, wenn die Parteien gerade diesen Gefahrübergang besonders vereinbart haben. Da die Möglichkeit einer solchen besonderen Vereinbarung selbstverständlich ist, sind diese Schriftsteller im Grunde Anhänger der hier vertretenen Lehre. Ob in der Vereinbarung der Rückwirkung gleichfalls bereits eine Gefahrübernahme durch den Käufer liege, hängt lediglich von der Auslegung der einzelnen Abrede ab.

β) Ist das Geschäft **auflösend bedingt**, so soll nach der weitaus herrschenden Lehre der Bedingungseintritt nach erfolgtem Gefahrübergang den Kauf dennoch auflösen und den Verkäufer zur Rückzahlung des Preises verpflichten. So Cosack aaO.; Kisch S. 67 und bei Grünhut **28** 260; Planck Nr. 2c, β; Titze S. 259 (der das als „sicher" bezeichnet). Anders meine Aufl. 1; Crome S. 420; Endemann § 157a Anm. 10; Kober-Staudinger Nr. I, 3b; Matthiaß S. 516; im Ergebnis auch Düringer-Hachenburg aaO. In Aufl. 1 berief ich mich auf das Wesen der auflösenden Bedingung als einer neuen Abrede auf Rückgängigmachung der Wirkungen des Hauptgeschäfts, die nicht wirksam werden könne, wenn sie die wesentlichen Geschäftsbestandteile im Zeitpunkt ihres Eintritts nicht mehr vorfinde. Aber diese doktrinäre Erwägung, schon an sich nicht ganz zweifelsfrei, scheitert nicht nur an § 158 Abs. 2, sondern vor allem an der Analogie des Rücktrittsrechts (Kisch aaO.): wird selbst dieses durch Untergang der vom Rücktrittsberechtigten empfangenen Sache nach § 350 nicht ausgeschlossen, so kann es bei der den Geschäftsbestand stärker beeinflussenden auflösenden Bedingung nicht wohl anders sein. Der Kaufpreis ist dann nach dem Gesichtspunkt der sogen. condictio ob causam finitam zurückzugewähren.

b) beim **Kauf in Bausch und Bogen.** An sich gilt über ihn nichts besonderes; der Wille der Parteien kann aber sehr wohl ausdrücklich oder stillschweigend dahin gehen, daß Gegenstand des Geschäftes nur die Gesamtheit in ihrem jeweiligen Bestande sein soll, so daß dann das schließliche Schicksal einzelner Stücke keinen Einfluß auf den Bestand des Geschäftes ausübt. Ob das gemeint sei, ist Tatfrage, die Ausmachung eines Gesamtpreises mag oft ein Kennzeichen dafür bilden. So ausdrücklich Landrecht I, 11, §§ 117ff.; für das BGB. ist unter Umständen die Analogie des Erbschaftskaufes (oben Nr. 5b) auch für andere derartige Fälle zu verwerten. S. auch Mot. S. 325.

c) **Mehrfacher Verkauf derselben Sache**: Es ist nach dem oben Nr. 1b Gesagten möglich, daß eine mehrfach verkaufte (dem einen übergebene, dem andern aufgelassene) Immobilie an sich zugleich auf Gefahr beider Käufer steht. Die alsdann nach Untergang oder Verschlechterung des Kaufgrundstückes eintretenden Rechtsfolgen sind sehr bestritten:

α) Nach einem Teil der Schriftsteller kann der Verkäufer dann von beiden Käufern den Preis einfordern. So Dernburg § 174 Anm. 9 (so weit nicht die Klage gegen den zweiten den guten Sitten zuwider sei); Hellmann, KrVJSchr. **41** 219; Martinius S. 72ff. (der bei Arglist des Verkäufers dem Käufer ein Anfechtungsrecht gewährt, übrigens durch § 281 aushelfen will, s. dagegen aber Bem. 2d zu § 281); Schollmeyer S. 18; Titze S. 262—3 (der das für zweifellos hält).

β) Der Verkäufer darf den Preis vom eingetragenen Käufer, aber nicht vom blos besitzerwerbenden fordern, so Crome S. 419; Kisch S. 63; Planck Nr. 2bβ a. E., Kober-Staudinger Nr. I 2e.

γ) Die Gefahr trägt beim Doppelverkauf der Käufer, auf den sie zuerst — einerlei ob durch Eintragung oder Übergabe — übergegangen ist, Endemann § 159a Anm. 52.

δ) Keiner der Käufer trägt sie, weil der Verkäufer keinem gegenüber vollständig erfüllen kann, Cosack § 125, VI, Enneccerus § 593.

Vgl. zu der Streitfrage auch die, zum Teil wohl noch verwendbare, gemeinrechtliche Literatur bei Windscheid § 390 No. 17. M. E. ist es allein zutreffend, den eingetragenen Erwerber haften zu lassen; denn er war ja trotz der Übergabe an den andern Käufer ebensogut in der Lage, die Sache kraft seines Eigentums von diesem, wie kraft des Vertrages vom Verkäufer zu beanspruchen, und nur der etwaige Untergang der Sache, nicht das vom Verkäufer getriebene „Doppelspiel" macht ihm die Besitzerlangung unmöglich (a. A. Cosack aaO.). Ihm gegenüber hatte der Verkäufer somit die Hauptpflicht erfüllt, jedenfalls diejenige, mit deren Erfüllung das BGB. grundsätzlich (s. oben Nr. 1c) den Gefahrübergang verbindet. Dagegen dem Besitzempfänger gegenüber war die (vorgängige oder nachfolgende) Auflassung an einen andern eine Vertragswidrigkeit, durch die der Verkäufer sich in einer von ihm zu vertretenden Weise wenigstens zunächst außer Stand setzte, die ihm obliegenden Pflichten noch zu erfüllen. Die etwaige Möglichkeit, das Eigentum vom andern eingetragenen Käufer zurückzuerlangen, nützt dem Verkäufer schon deswegen nichts, weil sie eben wegen des Unterganges der Sache nicht zur Wirklichkeit geworden ist. Unnötig und irreführend ist es freilich, daneben den § 242 heranzuziehen (so Aufl. 1, dagegen Kisch S. 63). Vielmehr kommt es auf den guten oder schlechten Glauben des

Verkäufers überhaupt nicht an; der Eigentumserwerb durch einen Käufer schließt aus objektiven Gründen den Gesetzübergang auf den andern ohne weiteres aus.

Natürlich gebühren dann die Früchte auch nur dem Eingetragenen; der Besitzer muß die gezogenen herausgeben bezw. den Wert erstatten. Soweit er nach § 955 als gutgläubiger Besitzer Eigentum daran erworben hat, haftet dem andern Käufer der Verkäufer auf Schadensersatz.

Übrigens können auch bei beweglichen Sachen ähnliche Eventualitäten vorkommen, z. B. die Sache war dem einen Käufer durch Konstitut, dem andern durch körperliche Übergabe übertragen. Hier ist dem Ersterwerber gegenüber vollständig erfüllt und er muß zahlen, vorbehaltlich seiner etwaigen Schadensersatz- oder Bereicherungsansprüche (§ 816) gegen den Verkäufer, mit denen er event. natürlich aufrechnen kann. Ähnlich Cosack aaO.; Kisch S. 63–4, anders Crome S. 419.

7. **Anwendbarkeit der §§ 323ff.**: Soweit unser § keine besonderen Bestimmungen enthält, bleiben die allgemeinen Sätze der §§ 323—5 auch für den Kauf anwendbar, also insbesondere in dem Fall eines Unvermögens des Verkäufers zur Gewährung des dem Käufer nach § 433 zu verschaffenden Rechts, s. oben Nr. 1 und 2.

§ 447.

Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.

Hat der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Versendung erteilt und weicht der Verkäufer ohne dringenden Grund von der Anweisung ab, so ist der Verkäufer dem Käufer für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich.

E. I 465, E. II 388, RV. 441. — Mot. S. 326—8, Prot. II S. 67—8; D. S. 92.

1. **Prinzip:** Von dem im § 446 aufgestellten Gefahrprinzip enthält der § 447 eine wichtige Ausnahme für den Fall der sog. Distanzsendung, wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die Ware an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet. Zu einer solchen Versendung ist an sich der Verkäufer nicht verpflichtet, er braucht nur am Erfüllungsort, also gemäß § 269 im Zweifel an seinem Wohnort, zu leisten. Natürlich kann ein anderes vereinbart werden, dahin:

a) daß gerade der Erfüllungsort beim Käufer sei.

b) daß unter Belassung des gesetzlichen Erfüllungsortes der Verkäufer verpflichtet sein soll, für die Versendung der Ware an den Bestimmungsort Sorge zu tragen.

Derartige Abreden sind natürlich nicht als ein selbständiges Geschäft, etwa Auftrag, aufzufassen, denn es fehlt der eigene Geschäftszweck; vielmehr begründen sie nur eine Nebenverpflichtung zum Kaufgeschäft, s. Fischer-Henle No. 1. Sie sind im Leben sehr häufig, insbesondere im Handelsverkehr besteht ein fester Brauch des Inhalts, daß der Verkäufer die Ware dem Käufer an seinen Wohnort oder Niederlassungsort zu übersenden hat, Staub zu § 382 Anm. 29.

Der § 447 findet Anwendung, mag der Verkäufer die Versendung an den Bestimmungsort freiwillig (s. aber unten Nr. 3), oder in Erfüllung einer übernommenen Verpflichtung im Sinne von b) vollziehen. Nicht aber auch im Fall einer Abrede zu a), denn alsdann fehlt es ja an dem im § 447 aufgestellten Erfordernis einer Verschiedenheit von Bestimmungs- und Erfüllungsort; die Gefahr geht also erst mit der vollendeten Übergabe über — vorher hatte ja der Verkäufer noch einen wesentlichen Teil seiner Verpflichtungen unerfüllt gelassen. S. Mot. S. 327.

Der **Grund**, warum hier das **Prinzip** „casum sentit dominus" modifiziert ist, liegt nahe: es ist unbillig, den Verkäufer um deswillen schärfer haften zu lassen, weil er mehr tat, als seiner Verpflichtung entsprach. Hätte er, wie er durfte, bei sich geliefert, so hätte die Gefahr der Übersendung gleichfalls den Käufer belastet. Die Erwägung trifft aber auch bei einer Abrede zu b) zu; wie der freiwillig übersendende Verkäufer als eine Art unbeauftragter Geschäftsführer handelt und darum nicht für Zufall haftet, so gibt sie dem Verkäufer eine dem Mandatar materiell vergleichbare Stellung, und wenn dieser nicht für Zufall haftet, wird man auch dem mit der Versendung beauftragten Verkäufer billigerweise keine schärfere Haftung aufbürden dürfen.

2. **Bisheriges Recht**: Die Bestimmung entspricht im großen und ganzen dem bislang geltenden Rechtszustand. So dem Gemeinen Recht wenigstens für den Gattungskauf auf Grund der von Jhering (Jahrb. 4 366ff.) begründeten und seitdem von den meisten angenommenen Lieferungstheorie (s. Windscheid II § 390 No. 8). Ebenso, und zwar hinsichtlich aller Käufe, dem Landrecht (I, 11, §§ 128—34), das freilich in der Konstruktion abwich, indem es auf das in der Absendung angeblich liegende Moment der Tradition abstellte. Das eigentliche Vorbild unserer Satzung aber bildet der Artikel 345 des bisherigen Handelsgesetzbuches, der für alle Arten der Käufe, und zwar unter bewußter Scheidung des dinglichen Übereignungseffektes vom obligatorischen der Gefahrtragung, entsprechende Bestimmungen enthielt.

3. **Anwendungsgebiet**: Der § findet, wie unter Nr. 1 ausgeführt, Anwendung sowohl bei freiwilliger, als bei durch Nebenabrede übernommener Versendung; ferner ebensowohl bei speziell, als bei bloß gattungsmäßig bestimmten Käufen: er redet ganz allgemein von der „verkauften Sache", und diese Qualität hat auch das ausgesonderte, vertragsmäßige Stück der Gattung mindestens in dem Moment der Absendung erlangt (s. § 243²). Gleichgültig ist endlich, ob die Versendung an den Käufer oder an eine davon verschiedene dritte Person zu erfolgen hat, so auch Staub aaO. Anm. 47.

Anders, wenn der Verkäufer aus eigenem Antrieb, ohne Verlangen des Käufers die Ware versendet. Weder der Wortlaut noch der Sinn des § 447 treffen diesen Fall: es kann nicht geduldet werden, daß der eine dem andern einseitig die Versendungsgefahr aufbürdet.

Das **„Verlangen"** des Käufers darf freilich nicht nur als ausdrückliches verstanden werden: es muß genügen, wenn sich aus dem ganzen Bilde der konkreten Sachlage eine solche Versendung als vom Käufer gewünscht ergibt; z. B. ein Kunde aus der Provinz „bestellt" einfach bei seinem hauptstädtischen Lieferanten Bücher oder Stoffe. Ebenso genügt es, wenn der Käufer den Vertrag abschloß auf Grund einer Offerte des Verkäufers, worin dieser sich zur Versendungsübernahme bereit erklärte, oder wenn der Verkäufer sonst im Vertrage die Versendung übernommen hatte, auch ohne daß der Käufer daraufhin sie noch besonders „verlangen" müßte, Cosack § 124, II, 2a.

4. **Begriff der Versendung**: Darunter ist zu verstehen ein jedes Fortbewegen, Entfernen der Ware von ihrem Standort an einen anderen Ort. Daß dieser sich in einer anderen politischen Gemeinde befinde, ist nicht erfordert; man kann auch sehr wohl innerhalb derselben Gemeinde versenden (Berlin mit seinen zahlreichen innerstädtischen Beförderungsinstituten!) So auch Cosack § 124 Anm. 7a, Crome S. 412 Anm. 54, Goldmann-Lilienthal S. 480, Zitelmann, Lücken im Recht S. 14, Kober-Staudinger Nr. 4f, OLG. Hamburg in Rspr. II Nr. 112e S. 218. Anders nur Titze S. 260, mit der seltsamen Behauptung, daß dies aus § 447 „zur Genüge erhelle."

Gleichgültig ist es, ob der Verkäufer selbst bezw. durch seine Leute (Laufburschen, Kutscher usw.) oder durch die in § 447 genannten selbständigen Vermittler die Versendung besorgt, so auch Cosack aaO., Dernburg § 172 a. E., Crome § 213 Anm. 17, Enneccerus S. 593. Anders Düringer-Hachenburg, HGB. 357, Kober-Staudinger Nr. 4a, ferner Berndorff, Gattungsschuld S. 82, weil ersterenfalls die Schuld eine Bringschuld, also § 447 unanwendbar sei. Aber das trifft keineswegs immer zu; vielfach will der Verkäufer mit Vornahme des ihm angesonnenen Transportes nur ein Übriges tun, ohne damit eine Rechtspflicht mit allen ihren Konsequenzen übernehmen zu wollen. Also ist § 278 unanwendbar, s. auch unten Nr. 5.

Der entscheidende Beginn der Versendung wird ersterenfalls in dem tatsächlichen Momente des Weggehens der Person vom bisherigen Standort der Ware zu finden sein; letztenfalls liegt er nach der ausdrücklichen Gesetzesbestimmung in der

Auslieferung an den Vermittler; eine weitere Entfernung der Ware wird hier also nicht ausdrücklich gefordert.

Was ist unter der „zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt" (Abs. 1) zu verstehen? Man könnte an eine allgemeine Bestimmung dazu durch Amt, Beruf, Gewerbe denken, oder eine besondere Bestimmung durch den Verkäufer, auch wenn die Mittelsperson sonst nicht ein derartiges Gewerbe betreibt, denken. Für letzteres Haver, Gattungsschuld S. 64, m. E. mit Recht, da für eine beschränkende Auslegung kein zwingender Anlaß vorliegt. Nur muß natürlich eine an sich nicht ungeeignete Mittelsperson ausgesucht sein.

Zweifelhaft ist, ob eine sogen. **Sammelsendung** genüge. Dafür Cosack § 122 Nr. II, 6 a. E., dagegen Goldmann-Lilienthal S. 482, Staub, Exkurs zu § 382 Anm. 51, Kober-Staudinger Nr. 10, Titze, Unmöglichkeit S. 261. M. E. verdient die schon für das Gem. Recht von Jhering (Jahrb. 4 367) überzeugend verfochtene freiere bejahende Lehre den Vorzug; eine Ausscheidung liegt auch in der Sammelausscheidung, so daß mit der Sammelsendung auch, wenn schon nicht allein, die zu leistende „Sache" versendet ist. Zur Verständigung diene, daß die Sammelsendung natürlich nur da den Gefahrübergang bewirke, wo sie ausdrücklich gestattet oder nach allgemeinem Brauch als gestattet zu unterstellen ist.

5. **Ordnungsmäßige Versendung; Abs. 2:** Daß der Verkäufer bei der Versendung, insbesondere auch bei Auswahl der damit zu betrauenden Person, die verkehrsübliche Sorgfalt beobachten muß, ergibt sich ohne weiteres aus den allgemeinen Bestimmungen der §§ 242, 276. Eine besondere Anwendung dieser zu beobachtenden Sorgfaltspflicht macht der Abs. 2. Betreffs des dort vorgesehenen dringenden Grundes s. auch § 665 BGB., der offenbar ähnliche Fälle im Auge hat, und Bem. dazu; s. im allgemeinen ferner altes HGB. Art. 344 und die Kommentare darüber. — An vertragswidrige, ihn außergewöhnlich belastende (andere wird er nach § 242 wohl meist beachten müssen!) Anweisungen des Käufers braucht sich der Verkäufer natürlich dabei nicht zu kehren, Cosack § 122, II, 4. Höchstens hat er dann die Versendung, als in der von ihm beabsichtigten Art dem „Verlangen" des Käufers nunmehr nicht entsprechend, überhaupt einzustellen.

Eine den geschilderten Pflichten nicht entsprechende Versendung macht den Verkäufer nach § 276 wie nach dem besonderen Abs. 2 unseres § 447 **schadensersatzpflichtig.** Dagegen haftet er nicht bei eigener Sorgfalt für das Verschulden des dritten Transporteurs, da er sich dessen im Fall des § 447 ja nicht im Sinne des § 278 zur Erfüllung einer eigenen Verbindlichkeit bedient, Dernburg § 178, II. Dies auch nicht, wenn er die Versendung versprochen hat, denn dadurch ist nur die Transportvermittelung, nicht auch ihre Durchführung als Pflicht übernommen. Daß damit die Gefahr beim Verkäufer verbleibe, ist nicht gesagt: er behält vielmehr seinen Anspruch auf den Preis, wenn und insoweit die Abweichung von der Anweisung nicht den Untergang der Sache verschuldet hat; der Käufer kann aber andernfalls auch das vielleicht weit über den Kaufpreis hinausgehende positive Interesse fordern.

Über das Verhältnis der in § 447 Abs. 2 angeordneten Ersatzpflicht zu den allgemeinen Grundsätzen der Schadensersatzhaftung s. Träger, Kausalbegriffe S. 272, Rümelin, Kausalbegriffe S. 275, 286. Mit Träger ist gegen Rümelin anzunehmen, daß die Haftung sich auch hier allein auf die durch die Pflichtwidrigkeit — also die Abweichung von den Anweisungen — adäquat verursachten Folgen beziehe; das Vorbild der l. 10 § 1 D. 14,2 spricht nicht für Rümelin: denn, wie Träger richtig hervorhebt, war die Ware dort auf eine navis deterior gebracht und damit die Transportgefahr in generell voraussehbarer Weise gesteigert.

Daß die Haftung überall dann, wenn der Schaden trotz Befolgung der Anweisungen des Käufers eingetreten wäre, ausgeschlossen sei, gibt natürlich auch Rümelin zu, S. 286.

Die Besonderheit bezieht sich vielmehr nur darauf, daß der Verkäufer auch dann haftet, wenn die Abweichung kein eigentliches „Verschulden" im Sinne des § 276 darstellt, z. B. er glaubte in entschuldbarem Irrtum, daß die gewählte abweichende Versendungsart sicherer oder, etwa wegen ihrer Billigkeit, günstiger sei.

6. **Nutzungen und Lasten:** Die Sonderbestimmungen des § 447 beziehen sich nur auf eine gegen § 446 verschobene Regelung der Gefahr; im übrigen behält es bei den dortigen Sätzen auch im Falle der Distanzsendung sein Bewenden, also namentlich

wegen der Nutzungen und Lasten. So auch Dernburg § 175, IV (freilich mit einer bedenklichen Billigkeitsmodifikation), Kober-Staudinger Nr. 12.

7. **Anderweite Abreden:** Natürlich ist auch der § 447, wie die meisten Sätze des Vertragsrechtes, eine nachgiebige Rechtsnorm, der Abänderung zu Gunsten der einen wie der andern Partei unterworfen.

Liegt aber in der Übernahme der Transportkosten ohne weiteres auch die der Versendungsgefahr? Das HGB. Art. 345 Abs. 2 Satz 2 verneinte die Frage, und auch für das neue Recht wird man sie nach der Natur der Sache und der Analogie von § 269 Abs. 3 für die Regel der Fälle nicht anders behandeln können, s. Laband im ArchZivPrax. 74 317, Unger in Jherings Jahrb. 33 344.

8. Der § 447 findet auf den Werkvertrag entsprechende Anwendung, s. § 644 Abs. 2.

9. Mit der Besorgung der Versendung hat der Verkäufer in den Fällen des § 447 zwar die Gefahr auf den Käufer übergewälzt, ist aber damit noch keineswegs aller Vertragspflichten notwendig ledig geworden. Er muß vielmehr nach Treu und Glauben für die Ware noch weiter sorgen, wenn sie durch die Übergabe an den Transporteur noch nicht völlig aus seinem Verfügungsbereich hinaus-, oder wenn sie nachträglich wieder hineingelangt ist (z. B. der Transporteur bringt sie wegen ungenügender Verpackung, Unauffindbarkeit des Adressaten, Sperrung des Transportwegs wieder zurück). S. auch das bei Eck, Vorträge S. 443 zustimmend erwähnte Beispiel aus der Praxis des ROHG.: eine versendete Kiste fällt vom Wagen der Transportanstalt; der Verkäufer muß sich, wenn er den Vorfall gewahr wird, darum kümmern, darf sie keineswegs liegen lassen.

§ 448.

Die Kosten der Übergabe der verkauften Sache, insbesondere die Kosten des Messens und Wägens, fallen dem Verkäufer, die Kosten der Abnahme und der Versendung der Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte fallen dem Käufer zur Last.

Ist ein Recht verkauft, so fallen die Kosten der Begründung oder Übertragung des Rechtes dem Verkäufer zur Last.

E. I 466[1], E. II 390[1], RV. 442. — Mot. S. 328; Prot. II S. 68—9.

Literatur: Staub, Exkurs zu HGB. § 382 Anm. 95ff.

1. Die Bestimmung des § 448 entspricht dem Code Art. 1608 sowie dem HGB. Art. 351 und ergibt sich aus der Erwägung, daß der Verkäufer seinen Leistungspflichten nicht voll genügen würde, wenn er die Kosten der ihm obliegenden Akte dem Käufer aufbürdet, während andererseits der Käufer die Übernahme weiterer Kosten von ihm nicht mit Fug fordern kann.

Anders bei der Distanzsendung des § 447. Hier handelt der Verkäufer nicht in Erfüllung seiner Verkäuferpflicht, sondern entsprechend wie ein Geschäftsführer oder Mandatar des Käufers; die Kosten fallen folgerecht mangels besonderer Abrede diesem zur Last, s. auch HGB. Art. 345 Abs. 2 S. 2.

Zu den nach Abs. 1 den Verkäufer treffenden Maß- und Wägekosten gehören an sich die des Gas- und Wassermessers; daß für sie meist ein besonderer Zuschlag, fälschlich „Mietzins" genannt, erhoben wird, ist angesichts der zweifellos nachgiebigen Natur des § 448 nicht verwunderlich. Natürlich ist das aber nur bei besonderer Abrede statthaft, wobei freilich zu beachten ist, daß angesichts der jedermann bekannten Üblichkeit derartiger Zuschläge eine solche im Zweifel auch als stillschweigend vollzogene unterstellt werden darf. Ebenso Entsch. des KG. vom 19. II. 1904, Warneyer BGB. zu § 448 und Witthoff DJZ. 1902 S. 270, der treffend bemerkt, daß ein solcher Zuschlag deshalb auch innerlich berechtigt sei, weil im Gegensatz zu andern Meßwerkzeugen der Gasmesser immer nur dem Nutzen einer bestimmten Person diene.

Zu den Kosten der Versendung gehören auch die Kosten der zu ihrer Vorbereitung dienenden Verpackung, Staub aaO. Anm. 98. Dagegen kann der Verkäufer für die Arbeit der Verpackung im allgemeinen vom Käufer keinen besonderen Entgelt liquidieren, so richtig Staub aaO. gegen ROHG. 3 S. 115.

2. Zu den nach **Abs. 2** den Käufer treffenden Kosten der Begründung oder Übertragung des veräußerten Rechtes gehören u. a. die der etwa aufgenommenen gerichtlichen oder notariellen Urkunden, die Stempelgebühren u. dergl. mehr.

Über die Kosten der **Auflassung** und **Eintragung** gilt besonderes gemäß § 449.

§ 449.

Der Käufer eines Grundstücks hat die Kosten der Auflassung und der Eintragung, der Käufer eines Rechtes an einem Grundstücke hat die Kosten der zur Begründung oder Übertragung des Rechtes nötigen Eintragung in das Grundbuch, mit Einschluß der Kosten der zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen, zu tragen. Dem Käufer fallen in beiden Fällen auch die Kosten der Beurkundung des Kaufes zur Last.

E. I 466², E. II 390², RV. 443. — Mot. S. 328, Prot. S. 68—9.

Die Bestimmung des § 449 entspricht dem Preußischen Recht (Dernburg, Privatrecht II § 141 No. 12). Sie gilt nicht nur bei Eigentumsübertragung, sondern auch bei Bestellung oder Übertragung von sonstigen Rechten an Grundstücken, z. B. Grundgerechtigkeiten, Nießbrauch, Reallasten, und zwar nicht nur für die dinglichen Geschäfte selbst, sondern auch für den obligatorischen Kausalakt, einerlei, ob auch für diesen die in S. 2 genannte Beurkundung gesetzlich vorgeschrieben war, wie nach § 313 bei dem Übereignungsvertrag, oder nicht.

Sie gilt natürlich nur für das obligatorische Verhältnis unter den Parteien; wer dem Fiskus gegenüber zur Tragung der Kosten verpflichtet sei, bestimmen die Kosten- und Stempelgesetze. Hat auf Grund derselben der Verkäufer etwas geleistet, was nach § 449 dem Käufer oblag, so kann er das auf Grund des vorliegenden Satzes von diesem erstattet verlangen.

Verfehlt ist wohl die vom KG. am 16. VI. 1904, OLGRspr. 9 S. 31 (Blätter f. Rechtspfl. 13 S. 98) getroffene Entscheidung, daß kommunale Umsatzsteuern überhaupt nicht unter § 449 fielen, weil weder nach dem Sprachgebrauch noch nach dem rechtlichen Charakter zu den Kosten gehörig. Aber sie belasten doch die Parteien in ganz gleicher Weise wie diese, sodaß § 449, der keineswegs eine Sondernorm darstellt, darauf entsprechend anwendbar erscheint. Das dürfte auch zum mindesten der Verkehrsübung und dem ihretwegen zu unterstellenden vermutlichen Parteiwillen entsprechen, Dernburg § 172, V, Crome § 215 Anm. 18.

§ 450.

Ist vor der Übergabe der verkauften Sache die Gefahr auf den Käufer übergegangen und macht der Verkäufer vor der Übergabe Verwendungen auf die Sache, die nach dem Übergange der Gefahr notwendig geworden sind, so kann er von dem Käufer Ersatz verlangen, wie wenn der Käufer ihn mit der Verwaltung der Sache beauftragt hätte.

Die Verpflichtung des Käufers zum Ersatze sonstiger Verwendungen bestimmt sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

E. I 464, E. II 389, RV. 444. — Mot. S. 325—6, Prot. II S. 64—7, VI S. 170 ff.

1. **Prinzip:** § 450 handelt von den Verwendungen des Verkäufers auf die Kaufsache, über die im bisherigen Recht verschiedenartige Grundsätze galten. Nach GR. mußte der Käufer die notwendigen und nützlichen Verwendungen erstatten, s. Windscheid § 389 Nr. 2; ebenso SächsGB. § 1096. Das Landrecht enthielt nichts darüber; Dernburg, Privatrecht II § 150, Nr. 5 läßt nur die notwendigen Verwendungen erstattet werden.

Nach dem BGB. kommt es auf die Zeit der Verwendungen an:

a) sie sind erfolgt nach dem Kaufabschluß, aber vor dem Übergang der Gefahr. Gemäß dem Absatz 2 muß darauf das Recht der Geschäftsführung Anwendung finden, §§ 677ff. Das führt zu einer Erstattungspflicht des Käufers wegen der nützlichen Verwendungen im Sinne von § 683, aber nicht auch, was nur auf den ersten Blick widersprechend erscheinen kann, wegen der notwendigen. Denn diese macht der Verkäufer nicht im Interesse des Käufers, sondern nur in seinem eigenen: zur Erhaltung seines mit der Sache sonst untergehenden oder gemindert werdenden Kaufpreisanspruches.

b) Sie sind gemacht nach dem Kaufabschluß und Gefahrübergang, aber vor der Übergabe der Kaufsache. Der Fall kann eintreten gemäß §§ 446 Abs. 2 (Eintragung vor Übergabe) und 447 (Distanzsendung), ferner bei besonderer Abrede; auf ihn insbesondere bezieht sich die Sonderbestimmung des **Abs. 1**:

α) Es gelten dafür die Grundsätze des Auftrages (§§ 662ff., nam. 665, 666, 669, 670, s. diese) unter zwei Voraussetzungen:

αα) daß die Verwendungen objektiv notwendig waren; ein subjektives Glauben an die Notwendigkeit genügt nicht. A. A. wegen § 670 Planck Nr. 1d; Dernburg § 176, III; Crome § 215 Anm. 26; Endemann § 159 Anm. 16; Kober-Staudinger Nr. 4; Türcke-Niedenführ Nr. 2. Aber § 450 verlangt doch ein wirkliches Notwendiggewordensein der Aufwendung; nur unter Wahrung dieser im Text deutlich ausgesprochenen Voraussetzung kommen die Auftragsregeln zur Anwendung. So auch Brückmann, Rechte des Geschäftsführers S. 75ff. (mit der zutreffenden Bemerkung, daß das Gesetz überall, wo es nur auf den subjektiven Glauben ankommen solle, dies besonders hervorhebe) und Matthiaß S. 513—4.

ββ) daß diese Notwendigkeit erst nach dem Gefahrübergange eingetreten ist.

Es gehören dahin z. B.: Reparaturen des durch Feuers- oder Wassersnot dem Einsturz nahe gebrachten Hauses, der auf dem Land- oder Seetransport schwer beschädigten Ware, Verpflegung des erkrankten Tieres.

Einerlei ist für den Anspruch, ob die Verwendungen die Sache wirklich erhalten haben — denn weder haftet der Beauftragte für Zufall, noch nimmt ihm ein solcher seinen Erstattungsanspruch. Nicht minder, ob der Verkäufer selbst oder ein dritter für ihn und auf seine Rechnung (z. B. der Frachtführer) zunächst die Aufwendungen gemacht hat.

β) wegen anderer Verwendungen aus dieser Zeit gilt nach Abs. 2 das Recht der Geschäftsführung, also §§ 677ff. BGB., namentlich §§ 683, 684, 685, s. diese.

c) Die Verwendungen sind gemacht, nachdem sowohl die Gefahr übergegangen, als auch die Kaufsache übergeben war. Solche Fälle sind natürlich selten; wo sie vorkommen sollten, z. B. nach Übergabe durch constitutum possessorium, gilt wiederum das Recht der Geschäftsführung, §§ 677ff., 683ff., soweit nicht ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien Abweichungen mit sich bringt.

2. Wegen der **Zinsen** der zu erstattenden Verwendungen s. § 256 und Bem. dazu.

3. Gemäß § 273 steht dem Verkäufer wegen seiner Ansprüche aus § 450 gegebenenfalls ein Zurückbehaltungsrecht zu.

4. Abweichende Abreden sind natürlich nach jeder Richtung hin möglich.

5. § 450 handelt zunächst nur von den Folgen gemachter Verwendungen. Eine andere Frage ist, wieweit der Verkäufer sie zur Erhaltung der Kaufsache zu machen **verpflichtet** sei. Mit Kober-Staudinger Nr. 2 ist eine solche Pflicht wenigstens in gewissem Maße auch ohne ausdrückliche Anerkennung im Gesetz anzunehmen. Sie ergibt sich im Grunde bereits aus § 433. Denn der Verkäufer ist zur Verschaffung und Übergabe verpflichtet; diese Pflicht verletzt er nicht nur durch positive schädliche Einwirkungen auf die Sache, sondern auch durch Unterlassung sachgemäßer und verkehrsüblicher Behandlung und Pflege, wozu in weitem Umfange auch die Vornahme von Verwendungen gehört. Diese Pflicht endet auch nicht schlechthin mit dem Gefahrübergang, s. Bem. 9 zu § 447. Sie läßt sich andererseits auch nicht wegen der notwendigen Verwendungen aus der Zeit vor ihm um deswillen bezweifeln, weil der Verkäufer sie schon im eigenen Interesse (s. Nr. 1a) vorzunehmen genügend veranlaßt sei. Denn dadurch würde der Käufer nur insoweit geschützt, als er event. von der Zahlungspflicht frei würde, nicht aber auch hinsichtlich seines weitergehenden Erfüllungsinteresses.

§ 451.

Ist ein Recht an einer Sache verkauft, das zum Besitze der Sache berechtigt, so finden die Vorschriften der §§ 446 bis 450 entsprechende Anwendung.

E. I 463³, E. II 391, RV. 445. — Mot. S. 325, Prot. S. 62.

Wie für die Fragen der Gewährleistung (§ 441), so sollen auch für die der Gefahrtragung und Lastenverteilung die für den Verkauf von Sachen gegebenen Vorschriften auf den von Rechten an Sachen, die zu deren Besitze berechtigen, entsprechende Anwendung finden. Es ist also entscheidend für den Gefahrübergang die Übergabe, bei grundbuchmäßig einzutragenden Rechten die Eintragung oder die etwaige frühere Übergabe; im Fall einer Distanzsendung die Absendung. Wegen der **Verwendungen** gilt das oben zu § 450 Gesagte, jedoch ist dabei zu beachten, daß Verwendungen, die auf die Sache gemacht werden, mit nichten auch immer das Recht verbessern. Nur, soweit sie gerade für dessen Erhaltung oder Ausübung notwendig oder nützlich waren, kann der Verkäufer gegen den Käufer ihretwegen Ansprüche erheben.

§ 452.

Der Käufer ist verpflichtet, den Kaufpreis von dem Zeitpunkt an zu verzinsen, von welchem an die Nutzungen des gekauften Gegenstandes ihm gebühren, sofern nicht der Kaufpreis gestundet ist.

E. I 467, E. II —, RV. 446. — Mot. S. 329—30, Prot. II S. 69.

1. **Prinzip:** Die §§ 452—4 enthalten nähere Bestimmungen über die im allgemeinen schon durch § 433 festgesetzte **Pflicht des Käufers zur Zahlung** des Kaufpreises. Dieser ist zunächst nach § 452 vom Zeitpunkt des Überganges der Nutzungen dem Verkäufer zu verzinsen, eine Bestimmung, die in der Hauptsache den früheren Rechten überall entspricht, s. für das Gemeine Recht die Angaben bei Windscheid II, § 389, No. 18; ferner Landrecht I, 11, §§ 109ff; Code Art. 1652; SächsGB. § 1095; für das Handelsrecht die allgemeinere Bestimmung des Art. 289. S. dazu auch über den Grund des Satzes Petrazycki, Einkommen II, S. 152ff.: er ist teils historisch, teils aber auch rationell, denn ohne den Satz würde der Käufer sowohl Preis wie Kaufsache nebeneinander zu nutzen in der Lage sein.

Nur insofern enthält der § 452 eine Neuerung, als er nicht stets die Übergabe, sondern den damit nicht schlechthin (wegen § 446 Abs. 2), wenn schon meistens, verbundenen Zeitpunkt des Überganges der Nutzungen (nicht notwendig identisch mit dem der Gefahr, s. § 447 Bem. 6) entscheidend sein läßt. Ein Aufschub der Eintragung des Käufers als Eigentümers im Grundbuch entbindet ihn nach § 446 von der Zinspflicht nicht, so auch schon für das bisherige Recht Erk. des RG. bei Seuffert 37, Nr. 21, S. 34. Allerdings braucht der Käufer in diesem Fall den Preis mangels vollständiger Erfüllung der Verkäuferpflichten noch nicht sogleich zu zahlen; aber die alsdann zuständige Einrede des nicht erfüllten Vertrages führt nur zur Zurückbehaltung von Preis und Zinsen, nicht zu deren endgültigen Ausschaltung für die Zwischenzeit. So richtig Dernburg § 176, II.

2. Der Satz gilt gleichmäßig sowohl für Mobilien wie für Immobilien; er gilt ferner unterschiedslos, mag tatsächlich die Sache Nutzungen abgeworfen haben oder nicht, mag sie selbst solcher überhaupt normalerweise unfähig sein. Das ergibt der Wortlaut ganz zweifellos.

Ausnahmsweise kommt der Paragraph nicht zur Anwendung:

a) bei Stundung des Kaufpreises, § 452 a. E.: hier steckt das Entgelt für die entzogene Nutzung schon in dem in der Regel entsprechend höher angesetzten Betrage des Preises. Alsdann beginnt die Zinspflicht aber mit dem Ablauf der Frist ohne weiteres, auch ohne daß der Käufer noch besonders in Verzug gesetzt werden müßte. So Dernburg § 176, II, Kisch bei Grünhut **29** 357, Crome § 215 Nr. 1 a. E., Endemann § 159 Anm. 11. Anders freilich Planck Nr. 3 Abs. 2 und dort zitierte, Kober-Staudinger Nr. 3b Abs. 2. Aber die Ausnahme am Schluß des Textes

entfällt bereits mit Ablauf der Stundungsfrist, folglich muß fortan die Regel des § 452 ohne weiteres zur Anwendung kommen.

b) bei besonderer, ausdrücklicher oder stillschweigender Abrede. Letztere wäre z. B. etwa anzunehmen, wenn dem Käufer ohne feste Stundung eine Zahlung „bei Gelegenheit" nachgelassen wird.

Wird für den an sich fälligen Preis nachträglich ein späterer Zahltermin festgesetzt, so ist die Frage, ob die Zinsen in Lauf kommen oder weiter laufen, nur aus den besonderen Parteiabsichten zu entscheiden. Im Zweifel wird sie zu bejahen sein, denn der innere Grund der Ausnahme entfällt alsdann.

3. Die **Höhe** der Zinsen ergibt sich aus § 246: 4% jährlich.

4. Für den Fall des **Verzuges** kommt § 288 zur Anwendung. Umgekehrt hört der Zinsenlauf nach § 301 bei Annahmeverzug des Verkäufers auf.

5. Ein besonderes **Zinsprivileg** gilt auch in Zukunft für die Ansprüche der **Kaufleute** unter einander aus beiderseitigen Handelsgeschäften, § 353 HGB. (Zinsen von der Fälligkeit ab).

§ 453.

Ist als Kaufpreis der Marktpreis bestimmt, so gilt im Zweifel der für den Erfüllungsort zur Erfüllungszeit maßgebende Marktpreis als vereinbart.

E. I 461, E. II 392, RB. 447. — Mot. S. 322, Prot. II, S. 57—8.

1. **Prinzip**: Daß ein Kauf ohne weitere Preisbestimmung zum „Marktpreise" statthaft sei, wurde schon vom bisherigen Recht überall anerkannt. Aber auch gerade die Bestimmung des § 453 entspricht der modernen Rechtsanschauung, wie sie sich schon bisher im HGB. Art. 353 und SächsGB. § 1087 verkörperte.

Über den Begriff des „Marktpreises" s. Bem. 2 zu § 385 BGB. und die Kommentare zum HGB., besonders Staub, Exk. vor § 373 Anm. 19ff., ferner Entsch. d. ROHG., 2 95, Laband, ArchZivPrax. 74 313, Dernburg § 171, VI, Türcke-Niedenführ No. 2. Es ist der Durchschnittspreis, der zur fraglichen Zeit vom vertragsmäßigen Erfüllungsorte für die dort in größerem Umfang umgesetzten Waren dieser Art erzielt wird. Von einer börsenmäßigen oder sonstigen amtlichen Feststellung ist er nicht abhängig. S. Staub, Exk. aaO.

Ob die Bestimmung des Marktpreises als Kaufpreises ausdrücklich oder, was häufig der Fall sein wird, stillschweigend erfolgt, macht keinen Unterschied. Ja, es wird angesichts der heutigen Verkehrsanschauungen bei Waren, die einen Markt- (oder auch Laden-)preis haben, mangels besonderer abweichender Abrede ein Kontrahieren zu dem für sie regelmäßigen derartigen Preise im Zweifel als gewollt zu unterstellen sein, so auch Staub, Exk. vor § 373 Anm. 18. Wenn daher auch die ausnahmsweise Vereinbarung eines anderen Preises im einzelnen Fall zulässig ist, so wird sie doch sicherlich von dem, der sich darauf beruft, bewiesen werden müssen. Sehr zweifelhaft aber ist die weitere Frage nach der Beweispflicht in dem anderen Falle, wenn nicht zum Markt-, sondern zum „angemessenen Preise" gekauft sein soll und der andere Teil dem gegenüber eine besondere Preisabrede behauptet. Siehe über diese praktisch wichtige Frage namentlich Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis, Bd. I, Aufl. 3, Vorw. V—XIX, S. 55, No. 1 und S. 132, No. 1; gegen ihn im Sinne einer Beweispflicht des die besondere Abrede Behauptenden mit beachtenswerten Gründen v. Knieriem, Behauptungspflicht und Beweislast bei der Klage auf Zahlung eines angemessenen Kaufpreises, Berlin 1896. Vgl. auch die sorgsame Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten bei Fr. Leonhard, Beweislast S. 368.

Die herrschende Lehre steht auf dem Standpunkt von Stölzel, so auch Leonhard selbst, sowie Goldmann-Lilienthal S. 472; nicht minder das RGZS. VI vom 12. I. 1903 bei Seuffert 58 Nr. 137 S. 266. Dagegen führt die von Betzinger (Beweislast) verfochtene sogen. „Minimaltheorie", wonach der Kläger genug tut, wenn er den zur Entstehung seines Anspruches erforderlichen Mindesttatbestand erweist, zur entgegengesetzten Entscheidung, die in der Tat das meiste für sich geben dürfte. Für sie auch Dernburg § 170, IV, E. Koffka, DJZ. 99 173, Francke, Bl. f. RA. 65 8ff.

2. Nach § 453 ist im Zweifel der Marktpreis zu Grunde zu legen, der für den Erfüllungsort zur Erfüllungszeit maßgebend ist. Ergeben sich dabei Schwankungen im maßgebenden Marktpreise für die versprochene Ware in der zu liefernden Qualität, so wird daraus der mittlere zu entnehmen sein.

Besteht am Erfüllungsort selbst kein Marktpreis, wohl aber an einem, für seine Preisverhältnisse im großen und ganzen maßgebenden, naheliegenden größeren Ort, so ist nach der vorliegenden Satzung dessen Marktpreis im Zweifel zu Grunde zu legen. Denn sie läßt entscheidend sein nicht gerade den Marktpreis des Erfüllungsortes selbst, sondern den für diesen maßgebenden Marktpreis, Prot. II, S. 58. Wie hoch dieser im Einzelfall zu Grunde zu legende Marktpreis sei, ist auf Grund der freien Beweiswürdigung zu ermitteln, die Beweislast trifft im allgemeinen den Verkäufer, der danach seinen Anspruch berechnet.

3. Ist der Kaufpreis gar nicht bestimmt, weder durch ausdrückliche noch stillschweigende Zugrundelegung des Markt-, Laden- oder angemessenen Preises, so kommt § 316 zur Anwendung.

4. Über die Bedeutung der **Fakturen** — einseitige Vermerke des Verkäufers auf der Rechnung — s. Dernburg § 171, II und dort zitierte, ferner oben Nr. 1a zu § 269. Das dort über sie in Bezug auf den Erfüllungsort Gesagte ist hier entsprechend zu verwerten.

§ 454.

Hat der Verkäufer den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet, so steht ihm das im § 325 Abs. 2 und im § 326 bestimmte Rücktrittsrecht nicht zu.

E. II 393, RV. 448. — Prot. S. 69—71.

1. Nach der allgemeinen Norm der §§ 325, 326 würde dem Verkäufer ein Rücktrittsrecht zustehen bei Nichtzahlung des Kaufpreises innerhalb der dem Käufer auf Grund von § 283 gestellten Frist nach der rechtskräftigen Verurteilung, sowie auch ohnedies auf Grund bloßen Verzuges des Käufers, wenn der Verkäufer entweder an der nachträglichen Erfüllung kein Interesse mehr besitzt, oder dem Käufer eine angemessene Nachfrist fruchtlos gestellt hat.

Diese Rechte sollen aber nach dem Text wegfallen, wenn der Verkäufer vollständig **erfüllt** — gemäß §§ 433 ff. — und dabei den Kaufpreis **gestundet** hat. Ersteres Moment allein genügt zur Beseitigung des Rücktrittsrechtes nicht, anders bisher HGB. Art. 354.

Ebensowenig genügt teilweise Erfüllung durch den Verkäufer, selbst nicht in Verbindung mit Stundung des Preises. So die herrschende Lehre, s. Planck Nr. 2a und dort zitierte, RG. ZS. V vom 22. I. 1901, Entsch. Bd. 50 Nr. 31 S. 139. Anders Dernburg § 177, II, 5, Kipp-Windscheid S. 615. Aber Dernburgs Prämisse, daß das Gesetz sich über diesen Fall nicht ausspreche, kann nicht zugegeben werden: wenn § 454 nur die Erfüllung des Verkäufers den Rücktritt ausschließen läßt, ist der Schluß unvermeidlich, daß dieser noch zulässig sei, soweit die Erfüllung nicht vorliegt. Und sollte wirklich ein ganz untergeordneter Teil der Erfüllung das Rücktrittsrecht im ganzen nehmen? Wenn aber nicht, wo will dann Dernburg die Grenze ziehen?

Daß Teilerfüllung mit bloß teilweiser Stundung das Rücktrittsrecht nicht beeinflusse, gibt auch Dernburg zu.

Vermittelnd Leonhard zu Eck S. 444 Anm. 1. Der Rücktritt sei nach Teilerfüllung des Verkäufers ausgeschlossen, wenn seine Zulassung als „unverhältnismäßig hart" erscheine. Aber wann ist dem so? In anderer Weise auch Schöller bei Gruchot **46** 13, Kober-Staudinger Nr. 4a, Staub, Exkurs zu HGB. § 374 Anm. 101: bei (quantitativ) teilweiser Erfüllung sei der Rücktritt wenigstens zum entsprechenden Teile des Vertrages ausgeschlossen, vorausgesetzt, daß dieser teilbar sei. Aber der Teilrücktritt führt leicht zu schwierigen, unerfreulichen Verhältnissen und darf schwerlich über die im Gesetz zweifellos anerkannten Fälle hinaus zugelassen werden.

2. Über den Begriff der Stundung s. § 452 und Bem. dazu, ferner sehr ausführlich Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 101. Sie liegt im Sinne des § 454 nur dann vor, wenn der Preis erst nach vollendeter Erfüllung der Verkäuferpflichten fällig werden

soll, nicht aber, wenn Zahlung und Auflassung gleichmäßig hinausgeschoben sind, RG. 50 139 aaO.

Ob die Stundung sofort im Kaufvertrage oder hernach gewährt ist, macht keinen Unterschied. Auch eine erst nach Eintritt des Rücktrittsrechtes gewährte wird dieses im allgemeinen beseitigen, da sie sonst nur wenig Sinn hätte. Anders aber ist bei einer bloß teilweisen Stundung zu entscheiden, wenn der Käufer wegen des nicht gestundeten Teiles in Verzug kommt. Eine Stundung „des Kaufpreises" liegt hier eben nicht vor, und von einer ausdehnenden Auslegung der Sonderbestimmung des § 454 kann schwerlich die Rede sein. A. A. Planck Nr. 2b, der alsdann wenig praktischerweise „nur teilweisen Rücktritt" zulassen will, wie hier Dernburg (s. oben).

3. § 454 beseitigt nur das Rücktrittsrecht; den **Schadenersatzanspruch** aus §§ 325—6 läßt er bestehen.

4. **Beweis:** Daß die Voraussetzungen des Paragraphen erfüllt seien, muß der Käufer, der auf die Sonderbestimmung Rechte stützt oder deswegen die an sich vorhandenen Gerechtsame des Verkäufers bestreitet, beweisen.

§ 455.

Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt und daß der Verkäufer zum Rücktritte von dem Vertrage berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt.

E. II 394. RB. 449. — Prot. S. 79—81.

1. **Allgemeines:** Der § 445 behandelt das gemeinrechtlich sogenannte **pactum reservati dominii,** das bereits den bisherigen Rechten überall bekannt war, wenn auch unter der im Landrecht (I. 11, §§ 266 ff.) mit dem Namen „Vorbehalt des Eigentums" bezeichneten Abrede nach der vorherrschenden und richtigen Auffassung in Wahrheit eher die vom pactum reservati dominii wesentlich verschiedene Verfall- oder kassatorische Klausel (lex commissoria) zu verstehen sein dürfte, s. Dernburg, Privatrecht II, § 152, No. 1 und die dort mitgeteilte Literatur. Vgl. über die l. c. und ihr Verhältnis zum Vorbehalt des Eigentums Vorbem. Nr. 3 vor § 433, ferner § 360 und Bem. dazu.

Trotz des vom BGB. klar erkannten Unterschieds beider Abreden soll nach der Vorschrift unseres § 455 „im Zweifel" dem Verkäufer neben dem Rückfall des Eigentums auch ein Rücktrittsrecht zustehen — letzteres entsprechend der oben erwähnten Verwirkungsklausel des § 360. Indes tut das der begrifflichen Unterscheidung beider Abreden keinen Abbruch, und da es sich bei der Bestimmung offenbar nur um eine Auslegungsregel, nicht um einen dispositiven Rechtssatz (s. über den Unterschied Planck 1 23—4, Stammler S. 55 ff.) handelt, findet sie keine Anwendung, wenn nachweislich eine Willensübereinstimmung der Kontrahenten über diese Folge fehlt. Ferner soll sie auch im Zweifel nur bei Zahlungsverzug des Verkäufers (§§ 284 ff.) Platz greifen, während es beim Eigentumsvorbehalt nur auf die objektive Tatsache der Zahlung oder Nichtzahlung des Preises ankommt, ebenso auch bei der allgemeinen Verwirkungsklausel des § 360.

Aber selbst, wenn nach der ausdrücklichen oder zu unterstellenden Parteiabsicht beide Klauseln kombiniert vorliegen, tritt zwar die Wirkung des Eigentumsvorbehaltes, aber nicht die der Verfallklausel ohne weiteres ein: sie gewährt nur ein Rücktrittsrecht, das der Berechtigte ausüben kann, aber mit nichten muß. Selbst in der Geltendmachung der Rechte aus dem Eigentumsvorbehalt liegt an sich noch keineswegs ein Verzicht auf die obligatorische Beredung. Vindiziert also der Verkäufer, auf jenen gestützt, die Kaufsache, so kann der Käufer nicht wegen der etwa schon gemachten Abschlagszahlungen das Rückbehaltungsrecht aus § 273 entgegensetzen — es fehlt ihm an einem fälligen Anspruch. S. die noch verwendbare Entsch. des RG. Bd. 7, Nr. 47, S. 150—1, sowie jetzt RG. vom 2. VII. 1901, BadRpr. 01 302 (Warneyer, BGB. zu § 455 Nr. 1).

2. Die im § 455 behandelte Klausel bezieht sich im Gegensatz zum Röm. Recht nur auf **bewegliche** Sachen; der unterschiedslosen Anwendung seiner Grundsätze

auf **unbewegliche** würden die Prinzipien des modernen Grundbuchrechtes entgegenstehen. Darum ließ bereits das Preußische Eigentumserwerbsgesetz vom 5. V. 1872, § 26 den Vorbehalt des Eigentums bei Grundstücken nur als Bewilligung einer Hypothek gelten. Dem BGB. ist eine derartige Bestimmung zwar fremd; indem es aber nach § 925 Abs. 2 die den Eigentumsübergang vermittelnde Auflassung durch Beifügung einer Bedingung unwirksam werden läßt, versperrt es einem unmittelbar dinglich wirkenden Eigentumsvorbehalt doch wieder den Weg. Andererseits steht aber der obligatorischen Abrede, daß das Eigentum der Kaufsache mit Zahlung des Kaufpreises an den Käufer fallen, oder aber bei dessen Nichtzahlung innerhalb einer gewissen Frist an den Verkäufer zurückfallen solle, nichts im Wege, und diese beiderseitigen Ansprüche können, obzwar noch bedingt, gemäß § 883 Abs. 1 bereits durch eine Vormerkung dinglich gesichert werden.

Natürlich kann der Sinn der Abrede bei Immobilien auch der sein, daß dem Verkäufer nur eine Hypothek am verkauften Grundstück zustehen solle. Was gemeint ist, ergibt die Auslegung des konkreten Geschäftes.

Dagegen ist bei beweglichen Sachen der Eigentumsvorbehalt allgemein statthaft, selbst wenn sie verbrauchbar sind. Alsdann wird er vielfach nach § 157 so auszulegen sein, daß der Käufer inzwischen den Gebrauch noch nicht vornehmen oder doch darin beschränkt sein soll. Nimmt er ihn freilich doch vor und vernichtet dadurch die Sache, z. B. durch Verarbeitung, so erlöschen fortan mit Rechtsnotwendigkeit die Wirkungen des Vorbehalts, und entsteht dafür eine Schadensersatzpflicht des Käufers. So mit Recht OLG. Karlsruhe in Rspr. II S. 343.

3. **Aufschiebende oder auflösende Bedingung:** Nach der Auslegungsregel des § 455 steht die Eigentumsübertragung im vorliegenden Fall unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung. Natürlich kann aber statt dessen auch der sofortige Übergang des Eigentums unter einer auflösenden Bedingung als gewollt anzunehmen sein. Aus dem bloßen Umstande, daß der Besitz bereits dem Käufer überlassen ist, läßt sich allein das Vorhandensein einer Bedingung der letzteren Art noch nicht entnehmen; wohl aber wird er für die Auslegung einen immerhin bedeutsamen Fingerzeig abgeben können.

4. **Eintritt, Wirkung der Bedingung:** Über die Fragen, wann die (aufschiebende oder auflösende) Bedingung als erfüllt anzusehen sei, wie sie wirke auf die Zwischenverfügungen der einen oder andern Partei, ob Rückziehung eintrete, dafür sind mangels besonderer Abmachungen die Bestimmungen der §§ 158 ff. maßgebend. § 455 fügt nur noch das hinzu, daß die aufschiebend bedingte Übereignung im Zweifel von der vollständigen Zahlung des Preises abhängen soll. Bloße Teilzahlungen würden also die Bedingung alsdann nicht erfüllt werden lassen, mag auch der Rest verhältnismäßig unbedeutend sein. Weigert der Verkäufer die Annahme, so kann das nach §§ 162 den Eintritt der Bedingung nicht hindern, soweit es gegen Treu und Glauben verstößt. In den andern Fällen mag der Käufer durch Hinterlegung die Bedingung zur Erfüllung bringen, §§ 372 ff. Jedoch dürfte nur die nicht rücknehmbare dazu ausreichen, da sie allein der Erfüllung gleichsteht, während die rücknehmbare den Anspruch des Gläubigers nur mit einer Einrede behaftet.

Ob umgekehrt der Eintritt der auflösenden Bedingung die Nichtzahlung des ganzen Preises, oder nur die einer fälligen Rate voraussetzt, ist wieder aus den besonderen Parteiabreden zu entscheiden; im Zweifel und nach Analogie des eben Gesagten wird letzteres anzunehmen sein. Bei Annahmeverzug des Verkäufers ist auch hier, wie oben, zu entscheiden, s. insbesondere § 162 Abs. 2; jedoch dürfte in diesem Falle auch eine nicht rücknehmbare Hinterlegung des Schuldbetrages wenigstens die Wirkung haben, daß gegenüber dem Eigentumsanspruch des Verkäufers der Käufer nach § 379 eine Einrede gewinnt.

Ob und inwieweit die Rechte der bedingt Berechtigten sich am gutgläubigen Erwerb dritter brechen, darüber bestimmen natürlich die allgemeinen Regeln, s. §§ 161 Abs. 3, 932 ff.

5. **Gefahrübergang:** Ob durch die Vorbehaltsklausel der Übergang der Gefahr auf den Käufer hintangehalten werde, kann zweifelhaft erscheinen, dagegen O. Kahn, „Recht“ 03 546–7, weil der Besitzübergang für die Gefahrverteilung entscheidend sei. Ebenso OLG. Colmar in Rspr. VIII S. 445. Dafür Dernburg II § 171 Anm. 11. Von dem oben zu § 446 Nr. 2c entwickelten Standpunkt, wonach Rechts- und Gefahrübergang grundsätzlich zusammenfallen, ist die Frage für das Gebiet der

aufschiebenden Vorbehaltsklausel im letzteren Sinne zu entscheiden: die Gefahr bleibt noch beim Verkäufer. Das empfiehlt sich auch durch innere Gründe, da der Vorbehalt den Käufer hindert, durch anderweite Dispositionen über die Ware die Gefahr von sich abzuwälzen.

6. Auch **nach Übergabe** der Kaufsache ist eine Abrede im Sinne des § 455 an sich möglich und wirksam. Aber sie kann keine dingliche Wirkung erzielen, insbesondere nicht auf dem Wege des constitutum possessorium den Verkäufer wieder zum Eigentümer machen. Denn es fehlt für den ex emto fortbesitzenden Käufer an einem „Rechtsverhältnis" im Sinne des § 930. So auch RG. ZS. II vom 28. IV. 1903, Bd. 54 Nr. 101 S. 396.

7. Über die **Abzahlungsgeschäfte**, bei denen der Eigentumsvorbehalt am häufigsten vorkommt, gilt zunächst das als Sonderrecht vom BGB. nicht berührte Gesetz vom 16. Mai 1894, s. nam. § 5; dahinter kommt auch für sie unser § 455 zur Anwendung, s. Prot. II S. 81. Dazu Lazarus, Das Recht des Abzahlungsgeschäfts, 1898.

§ 456.

Bei einem Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung dürfen der mit der Vornahme oder Leitung des Verkaufs Beauftragte und die von ihm zugezogenen Gehilfen, mit Einschluß des Protokollführers, den zum Verkaufe gestellten Gegenstand weder für sich persönlich oder durch einen anderen noch als Vertreter eines anderen kaufen.

E. I 468[1], E. II 395[1], RB. 450. — Mot. S. 330—2, Prot. II S. 72—7.

1. **Prinzip; bisheriges Recht:** Die Verbotsbestimmung des § 456 steht in wesentlicher Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht; für das Römische Recht s l. 34 § 7, 46 D. 18,1 (insbesondere für den Vormund), auch das bekannte Verbot des Erstehens der Pfandsache durch den verkaufenden Gläubiger (l. 10 C. 8, 27) beruht im Grunde auf demselben oder doch einem nahe verwandten Gesichtspunkt. S. ferner Landrecht I, 11, § 20, Code Art. 1596 und dazu überall sowie wegen des sonstigen Rechtszustandes die erschöpfenden Ausführungen in den Mot. S. 330.

Der **Grund** liegt nicht in einer theoretischen Unmöglichkeit des Kontrahierens mit sich selbst — sie ist in Wahrheit nicht vorhanden (s. § 181 und Bem. dazu), würde auch nicht im entferntesten alle durch § 456 gedeckten Fälle treffen; die Bestimmung ist vielmehr ein soziales Schutzgesetz, „sie dient positiv zum Schutze der bei dem Verkauf Beteiligten, deren Interessen hier möglicherweise verschieden sind, sowie zur Garantie für die Unparteilichkeit und Lauterkeit in der Geschäftsführung der Personen, an welche das Verbot gerichtet ist", Mot. S. 331—2.

Daher entfällt auch das Verbot bei hinzutretender Genehmigung der Beteiligten, § 458. Übrigens läßt dieser Paragraph das Geschäft durch einen Verstoß dieser Art nichtig werden; außerdem ist der Zuwiderhandelnde nach §§ 823 ff. für den etwa entstehenden Schaden verantwortlich und haftet zum mindesten, auch ohne daß die subjektiven Voraussetzungen der Deliktsansprüche (Verschulden, Kenntnis der wahren Sachlage und des Verbotes) vorzuliegen brauchten, im Sinne von § 458 Abs. 2.

2. **Kreis der betroffenen Personen:** Es gehören dahin der leitende Beamte (Richter), der zugezogene Protokollführer, der den Verkauf betreibende Gerichtsvollzieher; auch die etwa nach ZPO. § 825 damit betrauten Personen. Ob sie in einem wahren zivilrechtlichen Auftragsverhältnis (§§ 662 ff.) zu dem, auf dessen Antrag die Zwangsvollstreckung geschieht, stehen, ist unerheblich, der Ausdruck will und kann dieser Frage nicht vorgreifen.

3. **Bestimmungen des öffentlichen Rechts:** Neben unserer Satzung bleiben auch in Zukunft in Kraft die landesgesetzlichen Disziplinarbestimmungen gegen Manipulationen von der im § 456 verworfenen Art. S. z. B. die Preußische Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher vom 24. VII. 79, § 75 Abs. 3.

4. Über den Begriff des Verkaufes im Wege der Zwangsvollstreckung s. ZPO. §§ 814 ff. Insbesondere gehört auch die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte hierher, nicht minder die Zwangsversteigerung einer unbeweglichen Sache, ZVG. §§ 66 ff., 71 Abs. 2 in Verbindung mit § 458. Anders Fischer-Schäfer, Kommentar zum ZVG., Planck Nr. 2, nach denen für

eine Anwendung der §§ 456 ff. bei der Immobiliarzwangsversteigerung um deswillen kein Raum sei, weil die fraglichen Gebote dabei als nicht abgegeben gelten. Aber wie, wenn sie doch zugelassen sind? Das kann mindestens einen Schaden verursachen, für dessen Ersatz als Grundlage die Anwendung der §§ 456 ff. in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB. eine unerläßliche Grundlage darstellen dürfte. Schon deshalb sind sie auch für das Gebiet des ZVG. keineswegs überholt. Wie hier Kober-Staudinger Nr. II, 2.

§ 457.

Die Vorschrift des § 456 gilt auch bei einem Verkauf außerhalb der Zwangsvollstreckung, wenn der Auftrag zu dem Verkauf auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift erteilt worden ist, die den Auftraggeber ermächtigt, den Gegenstand für Rechnung eines anderen verkaufen zu lassen, insbesondere in den Fällen des Pfandverkaufs und des in den §§ 383, 385 zugelassenen Verkaufs, sowie bei einem Verkaufe durch den Konkursverwalter.

E. I 469, E. II 395, RV. 451. — Mot. S. 332, Prot. II S. 72—7.

1. **Prinzip**: Der § 457 erweitert den Grundsatz des § 456 auf andere ähnliche Fälle, bei denen keine eigentliche Zwangsvollstreckung in Rede steht, aber der oben angegebene Grund nicht minder, als bei dieser, obwaltet Immer aber muß es sich auch hier um einen Verkauf handeln, den der „Auftraggeber" auf Grund einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung dazu vornehmen läßt. Das Gesetz erwähnt besonders den Pfandverkauf (§§ 1228 ff., auch 1219 ff. BGB., § 368 HGB.), den Selbsthilfeverkauf bei nicht hinterlegbaren Sachen, §§ 383, 385 BGB., den Verkauf durch den Konkursverwalter, §§ 117 ff. KO.

Außerdem würden etwa noch in Betracht kommen: die Versteigerung von Fundsachen, §§ 966, 979 ff., der Verkauf zwecks Auseinandersetzung der Gemeinschaft, § 753, und der Erbengemeinschaft, § 2042; nicht minder auch der Verkauf auf Grund des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes, HGB. § 371 und der handelsrechtliche Selbsthilfeverkauf, das. § 573, s. auch HGB. §§ 376 Abs. 3—4, 379 Abs. 2, 388 Abs. 2, 391, 437 Abs. 2; 290; 440.

Daß der Verkauf ein gerichtlicher sei, wird nicht erfordert; auch für den freihändigen Verkauf, soweit er in den betreffenden Fällen zulässig, kommt das Verbot zur Anwendung.

2. Das Verbotsgesetz der §§ 456—7 bezieht sich nicht auf den **Veranstalter** der Zwangsvollstreckung, den Antragsteller, sondern nur auf die ausführenden Organe. Ob jener mitbieten darf, ergibt die Eigenart der einzelnen Anwendungsfälle; so ist es z. B. bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken natürlich durchaus statthaft, ebenso auch beim Pfandverkauf von Mobilien, § 1239.

Auch auf den Fall, daß der Veranstalter den Verkauf selbst vollzieht, ist das Verbot nicht anwendbar; ob er dazu, soweit ein solcher Verkauf überhaupt an sich tunlich, mit Wirksamkeit im stande sei, bestimmt sich vielmehr nach dem Prinzip des § 181 BGB. So auch Planck Nr. 2, während Dernburg § 171 Anm. 17 auch hierauf den Schlußsatz des § 457 anwenden will.

§ 458.

Die Wirksamkeit eines den Vorschriften der §§ 456, 457 zuwider erfolgten Kaufes und der Übertragung des gekauften Gegenstandes hängt von der Zustimmung der bei dem Verkauf als Schuldner, Eigentümer oder Gläubiger Beteiligten ab. Fordert der Käufer einen Beteiligten zur Erklärung über die Genehmigung auf, so finden die Vorschriften des § 177 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

Wird infolge der Verweigerung der Genehmigung ein neuer Verkauf vorgenommen, so hat der frühere Käufer für die Kosten des neuen Verkaufs sowie für einen Mindererlös aufzukommen.

E. I 468[1-3], E. II 396, RV. 452. — Mot. S. 332, Prot. II S. 72–7.

1. § 458 handelt von der **Wirkung** eines Verstoßes gegen die Verbote der beiden vorstehenden Paragraphen. Der Verkauf ist nicht schlechthin ungültig, steht vielmehr unter der Rechtsbedingung der Zustimmung durch die hier aufgeführten „Beteiligten". Bis sie erfolgt, ist ein Schwebeverhältnis vorhanden. Der Käufer ist, da ihm das Gesetz kein Widerrufsrecht zubilligt, bis dahin gebunden, das Geschäft ist also ein sogen. hinkendes, ein negotium claudicans. — Eine im voraus erteilte Zustimmung nimmt ihm schon von Anfang an jeden Makel.

Der Schwebezustand erreicht durch die, sei es zustimmende, sei es ablehnende Erklärung des oder der „Beteiligten" sein Ende; um sich Gewißheit zu verschaffen, kann der Verkäufer jeden derselben zur Genehmigung auffordern. Alsdann muß die Erklärung dem Auffordernden gegenüber vorgenommen werden; erfolgt die Genehmigung nicht binnen zwei Wochen nach dem Empfang der Aufforderung, so gilt sie als verweigert. Alles dies gemäß dem für anwendbar erklärten § 177.

2. Der Schwebezustand ergreift sowohl das **obligatorische Kaufgeschäft** wie den **dinglichen Übertragungsakt**; das stellt der Wortlaut außer Zweifel. S. auch Mot. S. 332.

3. **Sind mehrere bei der zu erteilenden Zustimmung beteiligt**, so müssen alle zustimmen, um das Geschäft gültig zu machen; die Ablehnung oder auch das als solche nach Nr. 1 geltende Schweigen selbst eines einzigen von ihnen hindert das Zustandekommen des ganzen Geschäftes.

4. Wegen der **Zustimmung** selbst s. im übrigen §§ 182ff.

5. **Abs. 2** gibt eine positive Bestimmung (zum Teil nach dem Vorbild von ZPO. § 817 Abs. 3); auf subjektives Verschulden kommt es dabei nicht an, wohl aber natürlich auf die Geschäftsfähigkeit des Pflichtigen. Bei Verschulden kann er sich außerdem auch noch weiter gemäß §§ 823ff. verantwortlich machen. S. dazu auch Weyl, Verschuldensbegriffe S. 344 Anm. 5.

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

Vorbemerkung.

Literatur: zum GR. Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare. Abt. 1–2, 1883ff. — Zum neuen Recht: Eccius bei Gruchot **43** 305ff., Kloß, SächsArch. **9** 273ff., Schollmeyer, Iherings Jahrb. **49** 93ff. J. U. Schroeder, Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf, 1903, Dissert. von Stahl, Erlangen 1903, Ehrlich, Greifswald 1900, Kroll, Halle 1903, Scheer, Rostock 1904.

1. **Die Sonderregelung.** Während die §§ 433–43 von der Verpflichtung des Verkäufers zur Rechtsverschaffung und den Folgen juristischer Mängel des Kaufobjektes handeln, beschäftigen sich die §§ 459–80 mit denen **faktischer Mängel.** Und zwar bestimmen die §§ 459–61 sowie § 476 über den Kreis der zu vertretenden Mängel, §§ 462ff. handeln von den bei Vorhandensein eines solchen dem Käufer zustehenden Gerechtsamen. Als solche kennt das BGB., in wesentlicher Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht, drei verschiedene, in ihren Voraussetzungen teilweise und in ihren Wirkungen durchaus von einander abweichende:

a) den Anspruch auf **Schadensersatz**, §§ 463–4,
b) das Recht der **Wandelung** und
c) das Recht der **Minderung**; §§ 462, 464–6, 475 und, besonders über die Wandlung, §§ 467–71 sowie über die Minderung §§ 472–4.

Die §§ 477–9 befassen sich mit der **Verjährung** der Ansprüche; § 480 mit ihrer Anwendung auf Gattungssachen.

Endlich die §§ 481–92 sind dem besonderen Fall des Verkaufes gewisser Tierarten gewidmet.

2. Wieweit außerdem wegen eines Mangels der Kaufsache noch die **allgemeinen Regeln des Schuldrechts** in Betracht kommen, insbesondere die §§ 276, 306, 323ff., ist eine der wichtigsten und schwierigsten Fragen des BGB.

a) Manche lassen diese allgemeinen Regeln ganz ausgeschlossen sein, so Eccius aaO. S. 307, Endemann § 161 Anm. 20, Titze, Unmöglichkeit S. 277 (der die Gegenmeinung kurzerhand als „unrichtig" bezeichnet).

b) Andere wollen neben den besonderen auch die allgemeinen Regeln angewendet wissen. So, in im einzelnen mehrfach abweichender Weise, Crome § 220 Anm. 33, Dernburg, DJZ. **03** 4 (anders nur, wenn der Käufer die Sache angenommen hat), Düringer-Hachenburg **3** 73 (bis zum Gefahrübergang), Kipp-Windscheid S. 655, Kisch, Unmöglichkeit S. 194 und KrVJSchr. **03** 559, Hellbach, „Recht" **05** 7, Planck zu § 459 Aufl. 1 Nr. 1a, minder entschieden Aufl. 3 Nr. 2bα, Schöller bei Gruchot **46** 17, 20, Schollmeyer aaO. S 104ff., Schroeder aaO. S. 94ff. Für die Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln auch, in sehr weitgehender Weise, RG. Bd. 52 Nr. 5 S. 18ff., wo daraus eine Ersatzpflicht des fahrlässigen Verkäufers neben dem Wandlungsanspruch des Käufers abgeleitet wird, sowie Bd. 53 Nr. 50 S. 202.

Die zweite, herrschende Ansicht verdient grundsätzlich Beifall: die allgemeinen Regeln werden zwar durch die §§ 459ff. zurückgedrängt, aber nicht vollständig ausgeschlossen, sondern nur soweit, als das entweder ausdrücklich ausgesprochen wird, oder als sich ein Widerspruch zu den Sonderregeln des Kaufrechts oder ihrer erkennbaren Tendenz ergibt. Abzulehnen ist nur die bisweilen anklingende Annahme einer gleichwertigen kumulierenden Anwendbarkeit beider Normenkomplexe.

Im einzelnen dürfte sich folgendes ergeben:

a) Indem das Gesetz dem Verkäufer wegen des Sachmangels eine Schadensersatzpflicht nur in den Fällen des § 463 auflegt, übrigens dem Käufer deswegen nur den Wandelungs- und Minderungsanspruch verleiht, § 462, ergibt sich, daß es übrigens eine Ersatzpflicht aus dem genannten Grunde verwirft. Dagegen spricht auch nicht die dem Verkäufer in § 459 wegen der Mängel über die Fälle des § 463 hinaus auferlegte Vertretungspflicht, da die Frage, in welchem Sinne er sie zu vertreten habe, nicht aus § 459, sondern erst aus §§ 462ff. zu beantworten ist. Wollte man daneben die allgemeinen Vorschriften heranziehen, insbesondere in der Lieferung der mangelhaften Sache eine die Anwendung der Einrede aus § 320, des Rücktrittsrechts und des Ersatzanspruches aus §§ 325,6 rechtfertigende teilweise Nichterfüllung oder Unmöglichkeit der Leistung sehen; dem Käufer die Annahmeverweigerung der angebotenen mangelhaften Sache und folgerecht die Inverzugsetzung des Verkäufers sogar mit der ganzen Leistung (mit den Folgen des § 326) gewähren, so würde das die beschränkende Regelung in §§ 459ff. unerklärlich machen, auch unentwirrbare Unklarheiten und Widersprüche hervorrufen.

Von dem oben zu § 433 Nr. 2aγ entwickelten Standpunkt aus, wonach eine Vertragspflicht zur Lieferung der Sache als einer mängelfreien nicht anzuerkennen ist, erscheint die hier versuchte Entscheidung vollends selbstverständlich. Umsoweniger können die Erwägungen des RG. **51** 19 gegen diese entscheiden, sie entnehmen nur die Notwendigkeit einer Ersatzpflicht aus § 276 als Folge einer schuldhaften Vertragsverletzung — übrigens in einem Fall des Gattungskaufes, für den besonderes gilt, s. § 480 und Bem. dazu —, ohne die Vorfrage zu untersuchen, ob in Lieferung einer mangelhaften Sache eine Vertragsverletzung überhaupt zu finden sei.

b) Das Gesagte bezieht sich zunächst nur auf Mängel, die bereits zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden oder doch begründet waren. Entstehen sie erst später, vor dem Gefahrübergang, so schließt das zwar den Wandelungs- oder Minderungsanspruch nach § 459 Abs. 1 Satz 1 („zu der Zeit, zu welcher ....") in Verbindung mit § 462 nicht aus — anders beim Interessenanspruch aus § 463, Worte „zur Zeit des Kaufes" —, aber es fragt sich, ob hier daneben nicht die allgemeinen Regeln zur Anwendung kommen können. Die Sache liegt hier wesentlich anders als oben: denn durch den Kaufabschluß übernimmt der Verkäufer die Pflicht, die Kaufsache, zwar nicht als eine fehlerlose, aber doch als eine solche, wie sie nun einmal ist, zu verschaffen; es entspricht der in § 433 auferlegten Vertragspflicht sowohl wie den allgemeinen Grundsätzen des § 242, den Verkäufer fortan zu einer sachgemäßen Behandlung und Beaufsichtigung der Kaufsache, nötigenfalls auch zur Vornahme positiver Schutz- und Verbesserungsmaßnahmen (s. schon oben Bem. 5 zu § 450), verpflichtet sein zu lassen.

Übereinstimmend *Schollmeyer* aaO. S. 105, *Müller* „Recht", **02** 579, *Hellbach* das. **05** 6, im *Ergebnis* auch *Schröder*, S. 94—5, anders *Endemann*, § 161 Anm. 20. Auf diese von der Gewährschaftspflicht wegen der Mängel als solcher wesentlich verschiedene Vertragspflicht und ihre Verletzungen die allgemeinen Regeln anzuwenden, widerspricht so wenig den Sondervorschriften der §§ 459 ff., daß es vielmehr als ihr notwendiges Korrelat unbedingt *erfordert* wird: der Ausschluß des besonderen Ersatzanspruches wegen Zusicherung und Arglist aus § 463 für die Zwischenzeit wäre, um nichts schärferes zu sagen, unverständlich, wenn während dieser für die Interessen des Käufers nicht bereits anderweit gesorgt wäre — eben durch die allgemeinen Regeln der §§ 276 ff., 320 ff., die, wenn anwendbar, den Ausschluß des § 463 andererseits sehr wohl erklärlich machen. Nur die Anwendung des § 323 wird durch die Sonderregelung der §§ 459 ff. insoweit zurückgedrängt, als sie wegen schuldloser Verschlechterung der Sache besondere Wirkungen eintreten lassen.

Wegen der Zwischenzeit gilt somit folgendes:

α) der Verkäufer vernichtet oder beschädigt die Kaufsache schuldhaft. Dann haftet er nach §§ 276 ff., 325 auf Schadensersatz (auch wegen seiner Gehilfen gemäß § 278), der Käufer gewinnt ferner das Rücktrittsrecht aus § 325, kann auch möglicherweise die Annahme der schuldhaft beschädigten Sache ablehnen, gemäß Abs. 1 Satz 2 daselbst. Ebenso die oben zitierten Vertreter der herrschenden Lehre.

Dagegen sind die Einrede aus § 320 und die Verzugswirkungen aus § 326 nur insoweit statthaft, als der Verkäufer zur Beseitigung des von ihm herbeigeführten Mangels imstande ist, übrigens aber als ausgeschlossen zu erachten, weil der Verkäufer, soweit ihm die Leistung unmöglich geworden ist, mit ihr nicht mehr säumig werden kann. Dagegen *behebbare Mängel im Sinne von* α) muß der Verkäufer, schon nach dem Grundsatz der Naturalherstellung (§ 249) ausbessern, und kommt event. in Verzug, *Schollmeyer* S. 115.

Natürlich kann der Käufer den Verkäufer statt dessen bei bloßer Beschädigung auch mit den ädilizischen Rechtsmitteln in Anspruch nehmen: er kann ja nach § 325 Abs. 1 Satz 3 den vertretbaren Mangel auch als einen *unvertretbaren* behandeln, d. h. als einen solchen, für den der Verkäufer nur mit den genannten Ansprüchen verantwortlich wäre. Auch schließen diese von vornherein den Fall verschuldeter Mängel nicht aus. So auch *Schöller* S. 20, *Schröder* S. 95, *Schollmeyer* S. 112 (hier auch über die praktischen Vorteile einerseits der Wandlung, andererseits des Rücktritts aus § 325).

β) Die Vernichtung oder Beschädigung ist durch Schuld des *Käufers* eingetreten. Dann kommt § 324 zur Anwendung, und zwar in einer die ädilizischen Ansprüche *ausschließenden* Weise. Denn von diesem Sonderfall handeln die §§ 459 ff. sinngemäß überhaupt nicht; wollte man auf ihn, weil nicht direkt ausgeschlossen, die ädilizischen Rechtsmittel anwenden, so enthielte das einen elementaren Verstoß gegen alle Rechts- und Billigkeitsgrundsätze sowie gegen die in § 254 aufgestellten Regeln der Schadensverteilung. So auch *Crome* und *Kipp*, überhaupt die, soweit ich sehe, allgemeine Meinung.

γ) Sie ist durch *Zufall* eingetreten. Dann bewirkt die *Vernichtung* der Kaufsache Befreiung des Käufers von seiner Zahlungspflicht, § 323, der durch §§ 446—7 *bestätigt* wird. Ist dadurch nur ein *Mangel* entstanden, so sind jedenfalls die ädilizischen Ansprüche gegeben; ob auch *daneben* nach Wahl des Käufers die in § 323 für den Fall teilweiser Unmöglichkeit aufgestellten Regeln anwendbar seien, ist sehr zweifelhaft und wohl mit Kisch S. 194—5, *Schöller* aaO. S. 17 gegen Kipp aaO. unter β zu *verneinen*. Denn der Mangel ist, wenigstens wenn behebbar, nicht ohne weiteres als teilweise Unmöglichkeit zu bezeichnen, und auch andernfalls ist anzunehmen, daß die Sonderregel zur Vermeidung unnötiger Komplikationen die allgemeine zurückdrängen soll. Anders bei solchen Fällen teilweiser Unmöglichkeit, die keine eigentlichen „Mängel" sind, z. B. bei Untergang eines Teiles der mehreren Kaufsachen: hier ist nur § 323 maßgebend.

δ) In allen Fällen (zu α—γ) kann der Käufer auch die Rechte aus § 281 nach allgemeinen Grundsätzen geltend machen (s. auch § 323 Abs. 2 und § 325 Abs. 1 Satz 3), soweit nicht die Anwendung der ädilizischen Ansprüche nach dem zu γ) Gesagten als eine ausschließende anzusehen ist. Im Fall α) beseitigt dann natürlich die Wahl der Wandelung diesen Anspruch aus § 281; mit der Wahl der Minderung ist er an sich recht verträglich, doch muß natürlich bei der Berechnung des Minderwertes das Surrogat in Ansatz gebracht werden.

c) Wegen der in der Zeit nach dem Gefahrübergang entstandenen (nicht auch wegen der jetzt erst entdeckten) Mängel sind dem Käufer die Rechte aus § 459 entzogen. Dagegen kann er sich noch auf die Gerechtsame aus § 325 berufen, Kipp aaO. und oben Bem. 9 zu § 447. Die Vertragstreue erfordert noch immer vom Verkäufer die Vermeidung von Beschädigungen und tunlichste Behütung der Kaufsache vor Gefahren. Das wird unterstützt durch die Erwägung, daß der Käufer mit dem Gefahrübergang keineswegs immer (s. § 446 Abs. 2 und 447) auch Eigentümer der Kaufsache oder (s. § 447) auch nur Besitzer geworden ist. In solchen Fällen hat der Verkäufer trotz des Gefahrüberganges dem Käufer noch nicht alles verschafft, was er ihm nach § 433 verschaffen muß; er haftet also, wenn er den noch übrigen Teil der Erfüllung vertretbar unmöglich macht, und er muß dem Käufer nach § 281 das Surrogat abtreten, das er etwa für die untergegangene oder verschlechterte Kaufsache erlangt, z. B. die Ersatzansprüche gegen den Transporteur, den dritten Schädiger oder den Versicherer. So auch Crome aaO. und Kisch, Unmöglichkeit S. 195.

d) Endlich ist noch die Frage zu erörtern, ob der Käufer wegen des — beim Vertragsschluß schon vorhandenen — Mangels auch statt Erhebung der ädilizischen Ansprüche das Geschäft wegen **Irrtums oder Betruges anfechten** könne? S. darüber vorzüglich Bezinger, Recht **03** 276ff., Danz, Iherings Jahrb. **46** 463ff. (beachtenswert) Schneider, ArchZivPrax. **97** 142ff. und Schloßmann, Irrtum über wesentliche Eigenschaften, S. 54, 58. Schneider wie Schloßmann verneinen grundsätzlich die Frage, aber sie haben m. E. schwerlich erwiesen, daß die ädilizischen Ansprüche mit der allgemeinen Anfechtungsbefugnis unvereinbar seien. Natürlich geht ihre Anwendbarkeit über das Gebiet des nach § 119 wesentlichen Irrtums weit hinaus; aber warum soll da, wo der Mangel so weit geht, daß er eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Kaufsache im Sinne von § 119 Abs. 2 betrifft, die an diesen schärferen Tatbestand sonst geknüpfte weitergehende Wirkung darum ausgeschlossen sein, weil die schon mit einem schwächeren verbundene Wandlungsbefugnis alsdann auch erst recht Platz greift? Die Frage ist insoweit praktisch bedeutsam, als der Käufer zwar wegen der knappen Anfechtungsfrist aus § 121 und der ihm bei Unkenntnis des Verkäufers drohenden Ersatzpflicht aus § 122 in der Regel der Wandelung vor der Anfechtung den Vorzug geben wird, aber bei Entdeckung des Mangels nach Ablauf der Verjährungsfristen aus § 477 noch immer zu einer „unverzüglichen" Anfechtungserklärung befugt wäre. Es mag zugegeben werden, daß das im Einzelfall bedenklich wirken kann. Aber die Gegenmeinung hat praktisch mindestens gleich starke Bedenken gegen sich, weil es erfahrungsgemäß oft zweifelhaft ist, ob beim Kauf einer gewisse Eigenschaften entbehrenden Sache Sachmangel oder Geschäftsirrtum anzunehmen sei. Die Gegenmeinung würde hier dem Käufer die Gefahr einer richtigen Beurteilung des Tatbestandes aufbürden, während nach der hier vertretenen der Käufer in allen nach § 119 überhaupt dazu geeigneten Fällen ruhig anfechten kann, ohne sich wegen der Frage, ob der Fall auch zur Wandelung geeignet wäre, den Kopf zerbrechen zu müssen. Trotzdem hat das RG. ZS. V vom 1. VII. 1905 (JW. **05** 525ff., DJZ. **05** 962) die Frage gegenteilig entschieden, weil andernfalls die Bestimmungen zum Schutz der Verkehrssicherheit „illusorisch gemacht würden"(?). Stampe in DJZ. **05** 1020, selbst rechtspolitisch Anhänger dieser Anschauung, bezeichnet sie als „richterliche Gesetzesänderung", womit doch ihre dogmatische Unrichtigkeit anerkannt wird!

§ 459.

Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht.

Der Verkäufer haftet auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat.

E. I 381, E. II 397, RV. 453 — Mot. S. 224—6, Prot. S. 670—1, D. S. 92—3.

1. **Allgemeines**: Die Mängel, für die nach dem BGB. der Verkäufer einzustehen hat, sind zweifacher Art:

a) eigentliche Mängel, **Fehler**: Abweichungen von der gewöhnlichen Beschaffenheit der Ware, welche ihre Brauchbarkeit oder Verkäuflichkeit beeinträchtigen.

b) das Nichtvorhandensein positiver Eigenschaften und Vorzüge. Dieses kommt aber natürlich nicht ohne weiteres in Betracht, sondern nur, falls das Vorhandensein von Eigenschaften vom Verkäufer besonders zugesichert war.

Der Ausdruck „Mangel" umfaßt beide Kategorien, s. z. B. die Verwendung in § 460 S. 2.

Dabei bezieht sich der Wortlaut nur auf Mängel usw. von **Sachen**. Eine unmittelbare Anwendbarkeit auf andere Kaufgegenstände, insbesondere **Rechte**, läßt sich aus dem Gesetze nicht entnehmen und ist daher abzulehnen, so auch RG. 11. VI. 1904 JW 33 403. Doch dürfte das einer entsprechenden Anwendung wenigstens auf die Fälle nicht entgegenstehen, wo das verkaufte Recht ein sachliches Substrat besitzt und durch dessen Mängel mitbetroffen wird; ob auch darüber hinaus für die Fälle, wo der „Mangel" des Rechtes in seiner faktischen Undurchsetzbarkeit liegt, ist zweifelhaft und wohl zu verneinen. Denn die Haftung dafür wird nach § 438 beim Verkauf einer Forderung nur als Folge einer besonderen Übernahme unterstellt. Dagegen nimmt die Praxis an, daß bei Hypotheken die Zusicherung ihrer Güte als Zusicherung einer Eigenschaft anzusehen und nach §§ 459 ff. zu behandeln sei, so RG. bei Gruchot 48 341 ff. Zweifelsfrei ist das nicht, und die ganze hier berührte Frage bedarf noch weiterer Klärung.

2. **Der Rechtsgrund** der Haftung wegen der Mängel zu 1 a und b ist verschiedener Art. Die erstere folgt unmittelbar von Gesetzes wegen aus dem Vertrage, sie tritt ein, ohne das es eines Verschuldens des Verkäufers oder eines besonderen von ihm in dieser Richtung übernommenen Versprechens bedürfte. Dafür ist aber die Haftung andererseits auch milder: dem Verkäufer wird nicht eine gesetzliche Garantie für die Abwesenheit der Fehler auferlegt, die ihn gegebenenfalls zum vollen Schadensersatz verpflichten würde. Noch viel weniger ist es eine Haftung wegen Nichterfüllung, da dem Verkäufer nach der richtigen Ansicht eine Vertragspflicht zur Lieferung der Sache als einer fehlerlosen nicht obliegt (s. Bem. 2a γ zu § 433). Vielmehr handelt es sich um eine besondere, bloße Gewährleistungshaftung abgeschwächten Inhalts, die statt auf Ersatz nur nach § 462 auf Wandlung oder Minderung geht.

Anders, wenn **der Verkäufer den Mangel arglistig verschwieg**; dann tritt die volle Haftung ein, wie bei übernommener Garantie. Auf bloß schuldhafte Unkenntnis des Verkäufers oder schuldhaftes Verschweigen von dem fraglichen Mangel wird man das nach dem BGB. aber nicht erstrecken dürfen, s. Bem. zu § 463.

Die Unterscheidung zwischen der milderen, „ädilizischen" Haftung für Mängel als solche und der schärferen Interessehaftung bei dolus entstammt bekanntlich dem Römischen Recht (actiones aedilicíae — actio emti) und kehrt überall in den modernen Gesetzbüchern wieder; s. Landrecht I, 5, §§ 326 im Gegensatz zu § 320; Code civil Art. 1603, 1641 ff.; SächsGB. §§ 889 ff.; nur darin gehen die anderen Rechte zum Teil weiter als das BGB., daß sie für den Eintritt der Interessehaftung mehrfach ein bloßes Verschulden genügen lassen; so das Landrecht, nach der Meinung mancher auch das Gemeine Recht.

Noch anders liegt die Sache — auch das nach dem Vorbild der gedachten bisherigen Rechte — bei **den zugesicherten Eigenschaften**. Die Zusicherung hat nicht nur die Bedeutung, dem Fehlen einer solchen die Wirkung eines vom Verkäufer in der angegebenen Weise zu vertretenden eigentlichen Fehlers zu verschaffen, es wird vielmehr darin von Gesetzes wegen ohne weiteres die Übernahme einer vollen Garantie des Verkäufers gesehen, die ihn gegebenenfalls auf das volle Interesse haftbar macht, § 464. Eine Verschaffungspflicht dürfte aber selbst die Zusicherung nicht begründen, s. Nr. 2a γ zu § 433 cit.

Indes ist beides nur dispositives Recht. Innerhalb der durch § 476 (s. diesen) gewiesenen Grenze kann der Verkäufer sowohl seine Verantwortung mehren wie mindern. Er kann die Haftung wegen gewisser oder aller Mängel oder auch wegen der zugesicherten Eigenschaften vertragsmäßig ausschließen, auch letztere auf die Wirkung des § 462 herabmindern, nicht minder auf der anderen Seite wegen der Fehler eine volle Garantie im Sinne von § 463 übernehmen.

3. **Maßgebender Zeitpunkt**: Als Zeitpunkt, in dem die Sache von den durch den Verkäufer zu vertretenden Mängeln frei sein muß, wird der Moment des Überganges der Gefahr auf den Käufer festgesetzt. Das widerspricht den bisherigen Rechten, indem das Gemeine und Sächsische Recht, entsprechend dem Satze „emtoris est periculum", als maßgebenden Zeitpunkt den des Geschäftsabschlusses zu Grunde legten, während das Landrecht (I, 11, §§ 192 ff.) schlechthin auf die Zeit der Übergabe sah. — Wegen des Gefahrüberganges s. §§ 446/7 und Bem. dazu.

Mit der Festsetzung des genannten Zeitpunktes ist keineswegs gesagt, daß jetzt erst die Gewährschaftshaftung des Verkäufers entstehe; er begrenzt vielmehr nur die bereits mit dem Vertragsschluß entstandene und für die Dauer der Zwischenzeit fortdauernde Haftung. So mit Recht Schöller aaO. S. 15, Crome S. 459. Es steht daher dem Käufer frei, auch schon vor der Übergabe oder Absendung der Ware wegen eines erweislichen Mangels Wandelung, Minderung oder — gemäß § 463 — Schadensersatz zu verlangen. Anders RG. ZS. V vom 22. XI. 1902, Bd. 53 Nr. 20 S. 73, Dernburg § 185, I, Düringer-Hachenburg III S. 73, 81 ff., die vor dem Gefahrübergang nur die allgemeinen Haftungssätze anwendbar erachten, nachher die Gewährschaftsregeln. Beides ist nach dem oben zu § 433 Nr. 2a und in der Vorbem. vor § 459 Nr. 2 Gesagten unzutreffend. S. auch Leonhard, Beweislast S. 393 und die Angaben aus der meist gegnerischen weiteren Praxis bei Warneyer, BGB. zu § 459, I.

4. **Insbesondere über Fehler**: S. über den Begriff des Fehlers Schröder, S. 14 ff. Fehler ist ein Zurückbleiben der Kaufsache hinter der Normalbeschaffenheit von Stücken der fraglichen Warengattung oder hinter einem zum besonderen vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Stücke derselben. Natürlich begründet nicht jeder Fehler eine Haftung des Verkäufers, sondern — überall von besonderer Abrede abgesehen — nur gewisse Arten von solchen:

a) wegen dem Käufer bekannter oder doch offensichtlicher Fehler ist die Gewährleistungspflicht eingeschränkt, s. § 460 und Bem. dazu.

b) allgemein müssen die Fehler, um den Verkäufer haftbar zu machen, solche sein, **„die den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern"**. Was ist darunter zu verstehen?

α) der **gewöhnliche Gebrauch** ist ein solcher, der im allgemeinen, ohne Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des Käufers, mit einer Sache gerade dieser Art gemeinhin gemacht zu werden pflegt, z. B. ein Reitpferd dient zum Reiten, ein Droschkengaul zum Fahren, ein Haus zum Bewohnen. Es würde also in unserem Klima die mangelnde Heizbarkeit der Zimmer des Hauses zu vertreten sein (so auch RG. 28. X. 03, JW. 1903 Beil. S. 140), nicht auch die des Bodens, der Korridore und sonstigen Nebenräume.

Auch solche Fehler, die nur den Tausch-, nicht den Gebrauchswert mindern, kommen als solche in Betracht, Dernburg § 184, II, allerdings wohl nur, wenn die Ware nach dem konkreten Vertragszweck zum weiteren Umsatz bestimmt ist. Nicht minder auch solche Abweichungen von der vertragsmäßigen Beschaffenheit, die an sich ihren Wert nicht mindern, vielleicht selbst erhöhen, wenn sie nur infolge der Mode oder Geschmacksrichtung die Verkäuflichkeit beeinträchtigen, OLG. Colmar 11. XII. 1903, Rspr. VIII S. 66.

β) Daneben kommt es auch auf den **nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch** an. Es genügt nicht, daß der Käufer für sich einen solchen Gebrauch (er beabsichtigt z. B. auch den Entreeraum, den Boden zu bewohnen; den gekauften Sonnenschirm auch als Regenschirm, den gekauften Salonhund als Wächter des Hofes zu verwenden) von der Sache machen will; dieser muß vielmehr nach dem Vertrage, also auf Grund einer Willensübereinstimmung beider Teile, als möglich vorausgesetzt sein. Selbst eine einseitige Erklärung des Käufers in dieser Richtung ist solange als unerheblich anzusehen, als nicht der Verkäufer sie durch seine Zustimmung, die freilich nach Lage der Sache auch im Stillschweigen liegen kann, zum Vertragsbestandteil erhoben hat.

Das ergibt sich klar aus dem Wortlaut des Gesetzes. Es ist dort also mit nichten die Voraussetzungslehre Windscheids (richtiger: was man als solche verstanden hat, da Windscheid in Wahrheit einen einseitigen, nicht zum Bestandteil der Willenserklärung erhobenen Vorbehalt nicht beachtbar sein läßt, Voraussetzung S. 5–6, vgl. Ges. Reden und Abhandlungen S. XXIII) mit all ihren praktischen Unzuträglichkeiten angenommen worden. Die gegenteilige Annahme, oder vielmehr Befürchtung, von Crome (ArchZivPrax. 78 122ff.) ist unbegründet und inzwischen von ihrem Urheber selbst mit Recht wieder aufgegeben („Partiarische Rechtsgeschäfte", S. 283–7 und Recht 02 335).

Andererseits kann es auch kommen, daß der besondere vertragsmäßige Gebrauch hinter dem gewöhnlichen zurücksteht, z. B. jemand kauft einen alten, durchlässigen Zinnkrug oder Kupferkessel zum Wandschmuck, eine sich als alt herausstellende Zeitungsnummer zum Einwickeln oder zu noch profaneren Zwecken. Hier wird sich umgekehrt die Gewährleistungspflicht gegenüber dem allgemeinen Umfang zu α entsprechend mindern können; so auch Eccius bei Gruchot 43 308.

Es ist nicht erfordert, daß der Mangel den Gebrauch zu α—β aufhebt, es genügt vielmehr, wenn er ihn mindert: so könnte die nicht heizbare Wohnung ja während der Sommermonate vollauf benutzt werden.

γ) die zu vertretenden Mängel dürfen den Wert oder die Tauglichkeit der Sache **nicht bloß unerheblich mindern.** Wann das der Fall, ist Tatfrage, s. Mot. S. 227, auch Schröder S. 19ff. Es kommt wieder nicht sowohl auf die objektive als auf die subjektive Unerheblichkeit gerade nach den Zwecken des konkreten Vertrages an. Anders freilich OLG. Dresden bei Seuffert 57 Nr. 209 S. 392, das unter Berufung auf den Wortlaut des Gesetzes den objektiv-abstrakten Beurteilungsmaßstab zu Grunde legt. Aber wenn, wie feststehend, die Frage nach dem Vorhandensein des Mangels unter Berücksichtigung der subjektiven Verhältnisse zu beantworten ist (oben β), so muß folgerecht auch die nach seiner Erheblichkeit entsprechend entschieden werden. Insbesondere wird auch ein Mangel dahin gehören, der zwar an sich nicht unerheblich ist, aber doch sofort oder wenigstens nach Ablauf einer die Vertragszwecke nicht wesentlich beeinträchtigenden Frist geheilt werden kann oder gar von selbst verschwindet und insoweit die Tauglichkeit nicht erheblich mindert. Das entspricht schon dem bisherigen Recht, s. die klassische l. 24 § 4 D. 19,2 („si omnia in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet"), ferner Entsch. des ROHG. 13 S. 235, Dernburg, Privatrecht II § 143 No. 18. Für das BGB. ist es angesichts des das Schuldrecht gemäß § 242 vollauf beherrschenden Prinzips von Treu und Glauben erst recht anzunehmen. Bsp.: ein noch etwas feuchter Neubau, der in kurzer Zeit genügend ausgetrocknet sein wird; das verkaufte Tier ist zur Zeit erkrankt, wird aber alsbald geheilt sein. Dagegen ist der Mangel nicht schon allein deshalb ein unerheblicher im Sinne der Haftung, weil die Preisminderung, die der Käufer seinetwegen verlangen kann, eine verhältnismäßig geringfügige sein würde. Unerheblichkeit des Mangels und der Minderung sind nicht dasselbe; s. RG. ZS. V vom 15. IV. 1905, Seuffert 60 Nr. 143 S. 269.

5. **Insbesondere über fehlende zugesicherte Eigenschaften.** a) **Zusicherung:** Über den Rechtsgrund der Haftung ist schon oben unter Nr. 2 gehandelt. Nicht jede vom Verkäufer nur in seiner Annonze, Offerte oder sonst beim Vertrage angegebene Eigenschaft („dicta et promissa") begründet die Haftung aus Abs. 2, sondern nur die geradezu **zugesicherte,** in diesem Sinne **garantierte** Eigenschaft. Diese Unterscheidung gehört bekanntlich schon dem Römischen Recht an (s. Dernburg, Pand. II § 100 Nr. a und No. 14) und ist, als der Natur der Sache und dem Wortlaut des Abs. 2, der nur von zugesicherten Eigenschaften redet, entsprechend auch für das neue Recht anzunehmen. A. A. Crome, Part. Rechtsg. S. 288), der aber de lege ferenda der hier vertretenen Meinung war (ArchZivPrax. 78 S. 140). Aber auch wenn man die Zusicherung von der bloßen Angabe sondert, bleibt ihr Rechtscharakter zweifelhaft; wirkt sie im Sinne einer einseitigen Garantieübernahme, oder ist zum Eintritt der Wirkung eine besondere zweiseitige Abmachung, ein auf die Garantie gerichteter Nebenvertrag, erforderlich? Das Reichsgericht hat sich wiederholt im Sinne der zweiten Auffassung entschieden, s. Bd. 54 Nr. 61 S. 223, ZS. V vom 1. IV. 1903; Seuffert 60 Nr. 4 S. 8, ZS. V vom 25. XI. 1903; Gruchot 48 S. 593ff., ZS. V vom 13. I. 1904, ebenso OLG. Frankfurt in Rspr. IX S. 2 (der Käufer müsse in erkennbarer Weise seinen Geschäftswillen vom Vorhandensein der bestimmten

Eigenschaft abhängig gemacht und zugleich der Verkäufer seinen Willen, dafür einzustehen, zu erkennen gegeben haben). Ganz sicher ist dieser angeblich vertragsmäßige Charakter der Zusicherung freilich nicht, denn die in Abs. 2 erforderte Zusicherung könnte an sich sehr wohl als einseitige aufgefaßt werden, wogegen auch § 305 wegen der anerkannten Möglichkeit einer Ausnahme keinen Gegenbeweis bilden würde, und keinenfalls wird man an die etwa erforderte Zustimmung des Käufers sonderlich strenge Anforderungen stellen dürfen. Auch daß die Zusicherungserklärung des Verkäufers gerade ausdrücklich sein müsse (so Emerich, Kauf- und Werkvertrag S. 61), ist nicht erweislich; legt mir jemand z. B. eine Helgolandmarke erster Emission oder einen Hamburger Briefumschlag zum Kauf vor für den Preis von 10 Mark, so liegt darin auch ohne jede ausdrückliche weitere Bemerkung die Zusicherung, daß es sich um ein Original und nicht etwa um einen zu 10 Pfennig erhältlichen Neudruck handle. Ebenso liegt im Verkauf einer gestempelten Marke meist ohne weiteres eine Garantie für die Echtheit des Stempels. Wie hier Schloßmann, Irrtum über wesentliche Eigenschaften S. 53, mit guten Beispielen. Anders allerdings das OLG. Stuttgart vom 4. III. 1904, DJZ. 04 512.

Unnötig ist auch eine besondere Garantie in dem Sinne, daß man das Einstehen für die Folgen besonders übernommen haben müßte; diese treten vielmehr, wenn nur die Zusicherung der Eigenschaft selbst bindend erklärt ist, auch ohne Parteiabsicht von Gesetzes wegen ein.

Wie immer man den Begriff der Zusicherung auffassen mag: jedenfalls ist ihre Erklärung ein Bestandteil des Kaufvertrages, wennschon vielleicht nur ein Nebenbestandteil. Darum ist sie mit Recht vom RG. Bd. 56 Nr. 12 S. 50 nur dann als wirksam anerkannt, wenn sie an der etwa — nach § 313 — nötigen Geschäftsform teilgenommen hat, so auch Crome, Recht 02 333ff.; Eccius bei Gruchot 43 309. Aber natürlich erstreckt sich die Heilung des Formmangels durch Auflassung und Eintragung auch auf sie.

Eine bestimmte Eigenschaft braucht nicht zugesichert zu sein, bindend ist vielmehr auch eine allgemeine Zusicherung, etwa dahin, daß das verkaufte Tier gesund sei, RG. bei Seuffert 58 Nr. 4 S. 8.

Wann eine wahre Zusicherung vorliegt und wann nicht, ist unter Umständen schwierig zu entscheiden; es wird jedoch der Auslegungsgrundsatz des § 157 in der Regel ein befriedigendes Ergebnis herbeiführen können. Vage Anpreisungen, wie sie seitens gewisser Geschäfte üblich sind, werden schwerlich als genügender Ausdruck einer verbindlichen „Zusicherung" anzusehen sein, ebensowenig wie in Rom (s. l. 19 pr. D. 21,1: quae ad nudam laudem pertinent).

b) **Eigenschaft**: (s. auch die reichhaltige Kasuistik aus der Praxis bei Warneyer BGB. zu § 459 Nr. III). Darunter fällt nicht nur die körperliche Beschaffenheit der Kaufsache, vielmehr auch alle sonstigen Verhältnisse, die „nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache auszuüben pflegen", OLG. Kiel in Rspr. VIII S. 66, somit geeignet sind, auf den Entschluß des Käufers zum Abschluß des Geschäftes bestimmend einzuwirken, s. dazu auch l. 19 § 1 D. 21,1, Entsch. des RG. bei Seuffert 40 Nr. 102 S. 156 sowie jetzt ZS. V vom 15. XI. 1902, Bd. 52 Nr. 108 S. 431 (dazu die beachtenswerte Kritik von Laband, DJZ. 03 262), ZS. V vom 11. VII. 1903, DJZ. 03 501, ZS. I vom 5. XI. 1904, Bd. 59 Nr. 70 S. 240ff.; ZS. III vom 19. IX. 1902 bei Gruchot 47 104, wo überall in wesentlicher Übereinstimmung der Eigenschaftsbegriff über die „natürlichen", „körperlichen" hinaus auch auf die „rechtlichen" Verhältnisse des Kaufobjektes ausgedehnt wird. So ist denn auch die Angabe, ein Gebäude sei zu einem bestimmten Betrage gegen Feuersgefahr versichert, als Eigenschaft angesehen worden, RG. 54 Nr. 61 S. 222; nicht minder die besondere baupolizeiliche „Baureife" wie erst recht die natürliche Bebaubarkeit, während freilich das Vorhandensein der im Sinne der ortsstatutarischen Vorschriften für die Bebaubarkeit notwendigen mit dem Grundstück selbst nicht zusammenhängenden Bedingungen, z. B. das Vorhandensein eines Beschlusses der Gemeindebehörden über Anlage einer Straße, vom RG. 52 431 als über den Kreis der Eigenschaften hinausgehend erachtet ist. Aber auch solche Verhältnisse, die rein oder doch wesentlich **wirtschaftlicher Bedeutung** sind, können, wenn sie mit der Kaufsache in einer dauernden Weise verbunden sind, als Eigenschaften erscheinen, so insbesondere der regelmäßige Mietertrag eines Hauses, RG. ZS. II vom 13. II. 1904 bei Seuffert 59 Nr. 151 S. 268, OLG. Dresden Rspr. VIII S. 66 (etwas enger), s. auch Crome Recht aaO.

S. 335. Nicht minder gehören dahin Angaben über den regelmäßigen Umsatz eines verkauften Geschäftes oder Etablissements oder über seine Rentabilität, s. RG. JS. III vom 12. IV. 1892 bei Seuffert 48 Nr. 15 S. 21 und bei Gruchot 47 104 (JS. III 19. IX. 1902) — enger anscheinend JS. V vom 10. V. 1905, Z. f. Rechtspfl. Bay. I S. 368; OLG. Kiel in Rspr. VIII S. 65; ebenso Crome S. 335; Endemann § 161 Anm. 23; s. auch die weiteren Angaben aus der Praxis bei Warneyer, BGB. zu § 459 Nr. 8. Der frühere Widerspruch von Staudinger Nr. 8 ist von Kober das. Aufl. 2 Nr. 4 nicht aufrechterhalten; er scheiterte schon daran, daß in den einschlägigen Fällen nicht nur das Haus, sondern darüber hinaus das Geschäft als solches den Kaufgegenstand bildet. Bei einer Hypothek ferner kann es als Eigenschaft angesehen werden, daß sie „gut" sein soll, RG. JS. V vom 25. XI. 1903 bei Gruchot 48 341 ff. (auch dies mehr eine wirtschaftliche, als rechtliche Qualität!). Aber immerhin müssen sich die fraglichen Verhältnisse unmittelbar auf den Kaufgegenstand beziehen, daher hat RG. 59 243 aaO. in der mangelhaften Beschaffenheit der einer Aktiengesellschaft gehörigen Grubenfelder und Erze keine Eigenschaft der Aktien dieser Gesellschaft erblickt, sicher mit Recht.

Natürlich kann der Verkäufer, und wird häufig, auch die Abwesenheit gewisser Mängel besonders zusichern; dadurch hebt er seine Haftung ihretwegen über das gewöhnliche Maß hinauf zu einer wahren, schärferen Garantiehaftung. S. auch die Bemerkungen von Crome, Part. Rechtsg. S. 287.

Daß die Haftung aus Abs. 2 eine schärfere ist (§ 463), wurde schon oben in Nr. 2 ausgeführt. Sie ist aber auch eine umfassendere, indem hier nicht, wie in Abs. 1, unerhebliche Fehler von der Haftung ausgeschlossen sind; die größere oder geringere Bedeutung des Fehlers ist nicht für die Existenz, sondern nur für den Umfang der Verpflichtung des Verkäufers bedeutsam. Ja, es braucht sich um einen Fehler gar nicht zu handeln; auch das Nichtvorhandensein einer in der Regel nicht zu vermutenden Eigenschaft begründet, sofern sie nur zugesichert ist, die Haftung, Römer DJZ. 04 592. Nur wenn erweislich der Käufer beim Vertragsschluß auf die Zusicherung kein Gewicht legte, bleibt sie außer Betracht, RG. 24. VI. 1903, ZBlFG. 4 258. Auch beseitigt verschuldete Unkenntnis des Käufers vom Mangel hier dessen Anspruch nicht, § 460 S. 2.

6. **Kenntnis und Verschulden des Verkäufers**: Ob der Verkäufer von den nach dem Gesagten zu vertretenden Mängeln weiß, ist für seine Haftung im allgemeinen unerheblich; jedoch begründet sein arglistiges Verhalten unter Umständen noch ihre weitere Verschärfung, s. § 463, auch § 476.

Ebenso ist es, soweit der Verkäufer überhaupt haftet, im allgemeinen gleichgültig, ob der Mangel ohne sein Zutun entstanden oder von ihm selbst durch eine freie oder gar direkt schuldhafte Handlung beigeführt ist.

Anders nur, wenn das schuldhafte schädigende Benehmen nach dem Vertragsabschluß vorgenommen wurde. Dann haftet der Verkäufer dafür gemäß §§ 276, 325 auf Schadensersatz, und sein Verhalten gibt dem Käufer die sonstigen in § 325 zit. verzeichneten Rechte, näheres Vorbem. vor § 459 Nr. 2.

7. **Beweis**: Die Beweislast ist die gewöhnliche: an sich muß also der Verkäufer beweisen, daß die dem Käufer angebotene Sache die von ihm zu vertretenden Eigenschaften hat, s. § 320 und Bem. Nr. 2 dazu. Anders gemäß § 363, falls der Käufer die Sache als Erfüllung angenommen hat, sofern ihm alsdann überhaupt noch das Recht der Mängelrüge zusteht (§ 464).

Eine scheinbare Ausnahme erleidet das Gesagte dann, wenn der Käufer eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende Haftung des Verkäufers geltend macht; sei es, daß ein besonderer Gebrauch der Sache vertragsmäßig vorausgesetzt, sei es, daß eine Eigenschaft vom Verkäufer zugesichert sein soll. Solche Abreden muß der Käufer beweisen, da er weitergehende Rechte darauf gründet. Ist ihm aber dieser Nachweis gelungen, so liegt dem Verkäufer wieder der Beweis dafür ob, daß er diese besonderen Pflichten durch Lieferung einer entsprechenden Sache erfüllt habe.

8. Wegen Zusicherung der **Größe eines Grundstücks** s. § 468 und Bem. dazu.

9. **Anwendung auf andere Verträge**: Die Bestimmungen der §§ 459 ff. gelten nach § 493 bei anderen Veräußerungs- und Belastungsverträgen, aber auch ohnedies kraft besonderer Bestimmung bei der Gemeinschaft (§ 757) und Erbgemeinschaft (§ 2042). Andere Grundsätze kommen zur Anwendung bei der Schenkung (§ 524), Miete (§ 537) und Pacht (§ 581).

10. S. auch wegen der **prozessualen Behandlung** § 488 ZPO., wegen des Ausschlusses der Haftung bei Veräußerung gepfändeter Gegenstände § 806 das., auch § 461 BGB.

§ 460.

Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt. Ist dem Käufer ein Mangel der im § 459 Abs. 1 bezeichneten Art infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so haftet der Verkäufer, sofern er nicht die Abwesenheit des Fehlers zugesichert hat, nur, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hat.

E. I 382, E. II 398, RV. 454. — Mot. S. 226, Prot. S. 671—3, D. S. 93.

1. **Allgemeines:** Schon das bisherige Recht ließ die Ansprüche des Käufers wegen Mängel der Kaufsache, soweit sie nicht auf Arglist oder besonderer Garantie des Verkäufers beruhten (die sogen ädilizischen Ansprüche), bei Kenntnis oder schuldhafter Unkenntnis des Käufers wegfallen, s. l. 14 § 10 D. 21,1; SächsGB. § 904. Dem folgt das BGB., jedoch unter Beschränkung der verschuldeten Unkenntnis der Mängel auf den Fall einer groben Fahrlässigkeit im Sinne von §§ 276—7.

Gemeint sind damit auch im Sinne des BGB. nur die gewöhnlichen Ansprüche aus § 459 Abs. 1. Die weitergehenden Ansprüche des Käufers wegen arglistigen Verschweigens des Mangels durch den Verkäufer oder besonderer Zusicherung einer Eigenschaft werden durch die fahrlässige Unkenntnis des Käufers nicht ausgeschlossen. Erst eine wirkliche Kenntnis des Käufers beseitigt auch sie.

Wenn man bisweilen (s. Mot. S. 224) sagt, der zur Haftbarkeit führende Mangel müsse verborgen sein, so ist das ungenau, s. Kober-Staudinger Nr. 1b, Cosack § 127, 8. Auch wenn der Mangel offensichtlich war, der Käufer ihn aber aus subjektiven Gründen, etwa Blindheit oder Kurzsichtigkeit, schlechter Beleuchtung nicht erkennen konnte oder wenn er ihn nur, und sei es auch infolge (nicht grober) Fahrlässigkeit, tatsächlich nicht erkannte, tritt die Haftung ein, während sie umgekehrt ausgeschlossen ist, wenn der an sich verborgene Mangel gerade dem Käufer zufällig bekannt war.

Erfordert ist zum Haftungsausschluß eine Kenntnis der Mängel in ihrer wesentlichen Bedeutung für den Gebrauch der Kaufsache; kennt der Käufer nur einen „äußeren Fehler" ohne jedwede Einsicht in seine, damit noch nicht ohne weiteres klare Tragweite, so ist § 460 insoweit nicht anwendbar, RG. ZS. II vom 11. VII. 1905, Recht 05 471.

2. **Zeit des Kennens oder Kennenmüssens:** Es kommt im Sinne der vorliegenden Bestimmung auf das Kennen zur Zeit des Vertragsschlusses an. Später erlangte Kenntnis ist belanglos, es sei denn, daß der Käufer ihrer ungeachtet die Sache vorbehaltlos annimmt, s. über diesen Fall § 464. Auch eine früher einmal vorhandene Kenntnis steht dem Käufer nicht schlechthin entgegen, wenigstens nicht, sofern er annehmen konnte, der Mangel werde inzwischen geheilt sein. Andernfalls wird freilich solche frühere Kenntnis die spätere Unkenntnis in der Regel zu einer unentschuldigten im Sinne von Satz 2 stempeln.

3. **Untersuchungspflicht des Käufers?** An sich ist dem Käufer eine solche weder für die Zeit des Geschäftsabschlusses (§ 460) noch bei Empfangnahme der Ware auferlegt (§ 464), dies im Widerspruch zum HGB. § 377. S. auch gegen eine Besichtigungspflicht Eccius bei Gruchot 43 308, vermittelnd — es komme auf die Üblichkeit an — Goldmann-Lilienthal S. 494. Im Endergebnis dürfte das zutreffen: denn wohl zweifellos kann die Unterlassung der Besichtigung immerhin unter Umständen als grobe Fahrlässigkeit im Sinne des Satzes 2 aufgefaßt werden, die dem Käufer wenigstens die Ansprüche aus § 462 — nicht auch, nach § 460 Satz 2, die aus § 463 — nimmt. S. Mot. S. 226. Wann dem so ist, bestimmt sich wiederum nach der Eigenart des einzelnen Falles: Danach wird es auf die mehr oder minder große Sachkunde des Käufers ankommen, nicht minder auch darauf, ob er nach der Person und den Verhältnissen des Verkäufers mit einer naheliegenden Möglichkeit des Mangels rechnen mußte (Dorfkrämer — vornehmer Bazar der Großstadt). Auch die auffällige Billigkeit der Ware (z. B. des venetianischen Glases, der seltenen Briefmarke) kann

den Käufer leicht zu einem schärferen Zusehen auf die Unechtheit verpflichten. Immerhin wird die Fahrlässigkeit des Käufers nicht häufig den Vorwurf einer geradezu „groben“ verdienen. Gegenüber einer positiven Versicherung des Verkäufers, auch wenn sie sich nicht gerade auf bestimmte Eigenschaften bezieht, wird der Käufer andererseits meist auf weitere Untersuchung verzichten dürfen, s. Cosack § 128, I, 1b.

4. **Ausnahmen**: Trotz des allgemein redenden Wortlautes dürfte unter Umständen die Kenntnis des Käufers auf seine Ansprüche einflußlos sein. Dies nämlich, wenn der Verkäufer die Wegschaffung des beiden Teilen bekannten Mangels versprochen hat (z. B. ich kaufe ein Haus, dessen schadhaftes Dach der Verkäufer dabei auszubessern verspricht).

Der Sinn eines derartigen Versprechens ist verschieden. Unter allen Umständen verliert der Verkäufer dadurch das Recht, sich zum Ausschluß der Käuferrechte auf § 460 zu berufen. Vielmehr ist möglicherweise das Vorhandensein der fehlenden Eigenschaft oder das Nichtvorhandensein des vorliegenden Mangels zur Zeit des Gefahrüberganges als zugesichert anzusehen, sodaß, wenn die Besserung bis dahin nicht erfolgt ist, der Käufer die Gerechtsame aus §§ 459 Abs. 2, 463 gewinnt. Möglicherweise, ja m. E. wohl in der Regel, ist der Sinn der, daß der Verkäufer sich zur Vornahme der Besserung verpflichtet, so daß er darauf klageweise in Anspruch genommen werden kann und wegen Nichterfüllung nach Maßgabe der allgemeinen Regeln haftet. Das ist an sich nur ein Nebenvertrag, der auf den Hauptvertrag grundsätzlich nicht einwirkt. Er kann aber auch mit der ebengenannten Zusicherung verbunden erscheinen, so daß bei nichtvollzogener Herstellung der Käufer aus der Zusicherung zugleich die Rechte des § 463 gewinnen würde, selbst dann, wenn der Verkäufer dafür nach den allgemeinen Regeln aus dem Nebenvertrag nicht verantwortlich wäre. Doch wird eine solche kumulative Vereinbarung wohl nicht unterstellt werden dürfen. S. auch Mot. S. 226, Eccius aaO. S. 310. Kober-Staudinger zu § 459 Nr. 11, Planck Nr. 2. Dernburg § 184 Anm. 14 scheint die Wirkung derartiger Abreden nur im Ausschluß des Präjudizes aus § 460 zu erblicken.

Sicher dürfte sein, daß derartige Abreden in manchen Fällen nach Verkehrsgebrauch als stillschweigend vollzogen unterstellt werden können, so richtig Cosack § 127, I, 3a (Möbelkauf).

5. Über den Begriff des **arglistigen Verschweigens** s. § 443 und Bem. dazu. Das bloße Verschweigen genügt dazu nicht, sofern nämlich der Verkäufer annehmen durfte, der Käufer werde den Mangel schon kennen. Dies wird zumal bei auffällig niedriger Preisfestsetzung öfters der Fall sein. Oder der Verkäufer durfte annehmen, der Mangel sei im vorliegenden Falle belanglos. S. Laband im ArchZivPrax. 74 32, Crome daselbst 78 142.

6. **Beweis**: Da es sich in § 460 um besondere, die Rechte des Käufers ausschließende Umstände handelt, so muß der Verkäufer das Kennen oder qualifizierte Kennenmüssen des Käufers als rechtshindernde Momente beweisen. Dem gegenüber kann sich der Käufer auf die Zusicherungen des Verkäufers oder auf seine Arglist im Sinne einer Replik berufen, es sei denn, daß ihm selbst wirkliche Kenntnis der Mängel — nicht nur grobfahrlässige Unkenntnis — nachgewiesen ist.

§ 461.

Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird.

E. I 395, E. II 398a, RV. 455. — Mot. S. 237–8, Prot. S. 701, D. S. 93.

1. **Die Abschwächung der Haftung des verkaufenden Pfandgläubigers** ist nicht im Römischen Recht, aber wenigstens teilweise in den modernen Gesetzbüchern anerkannt, s. Landrecht I, 11, § 344 und I, 20, § 216, noch weitergehend Code Art. 1649. Letzterem folgt das BGB.

§ 462 hat aber **nicht** den Sinn, daß in diesem Falle die Haftung **schlechthin** wegfiele, vielmehr

a) ist die Bestimmung **dispositiv**; einer vertragsmäßigen Übernahme der Haftung steht nichts im Wege. Ob in der Zusicherung gewisser Eigenschaften bereits eine solche liege, dürfte Tatfrage sein. Die bloße einseitige Zusicherung im Sinne von § 459

begründet als solche keine vertragsmäßige, sondern nur eine gesetzliche Haftung, s. Nr. 5 das., und eine solche ist im Falle des § 461 eben ausgeschlossen. So auch Eccius bei Gruchot 43 313, Enneccerus S. 603 gegen Planck Nr. 1b, Crome § 220, Anm. 75, Dernburg § 184, VII, 3; wie hier anscheinend auch Kober-Staudinger Nr. 1 Abs. 2.

b) es muß sich um Verkauf in öffentlicher Versteigerung handeln (s. §§ 1235, 1237, 383 BGB.); ein, auch sonst zulässiger, Pfandverkauf nach §§ 1240 Abs. 2. 1245—6 würde zum Ausschluß der Haftung nicht genügen. So auch Landrecht aaO. 20, § 217.

c) Die Sache muß dabei **geradezu als Pfand bezeichnet** sein.

d) Ansprüche des Käufers aus etwaigem **arglistigem Verschweigen** des Verkäufers können sich insoweit ergeben, als darin vielfach der Tatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 823 Abs. 2 oder doch eine sittenwidrige Handlung im Sinne des § 826 liegen wird. So auch Enneccerus aaO., Kober-Staudinger Nr. 3, s. auch Mot. S. 237. Dagegen ist nicht anzunehmen, daß gemäß § 242 und der Analogie von § 476 die Vorschrift des § 461 gegenüber einer Arglist des Verkäufers unanwendbar sei (so Aufl. 1).

2. S. auch die entsprechende Bestimmung der ZPO. § 806, wonach die Gewährleistungspflicht beim Verkauf gepfändeter Sachen ausgeschlossen ist.

§ 462.

Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen.

E. I 383, E. II 399, RV. 456. — Mot. S. 227, Prot. S. 673—4, 676 ff.; D. S. 93—5.

1. **Allgemeines; Anwendungsgebiet:** Das Edikt der Ädilen und seine späteren Erweiterungen gewährten bekanntlich dem Käufer wegen verborgener Mängel der Kaufsache nach seiner Wahl die actio redhibitoria **(Wandelungsanspruch)** und actio quanti minoris **(Minderungsanspruch)**, und diesem Beispiele des Römischen und Gemeinen Rechts sind in der Grundidee die maßgebenden modernen Rechte (s. Landrecht I, 5, §§ 325 ff.; Code Art. 1644, SächsGB. § 809; andere Belege in den Mot. S. 227) gefolgt, insbesondere nunmehr auch gemäß § 462 das BGB. Und zwar gewährt es — von der abweichenden Sonderbehandlung der Viehmängel, §§ 481 ff., abgesehen, beide Gewährschaftsansprüche nach Wahl des Käufers ganz allgemein; abgelehnt wird mittelst Nichterwähnung insbesondere die — auch im GR. nach der richtigen Auffassung nicht begründete — Lehre, daß allein wegen gewisser Hauptmängel redhibitorisch geklagt werden könne. S. Mot. aaO.

In Abschneidung einer berühmten gemeinrechtlichen Kontroverse läßt ferner das BGB. die ädilizischen Ansprüche auch beim Verkauf gattungsmäßig bestimmter Sachen zu, s. für diesen Fall die Sonderbestimmung in § 480 und Bem. dazu.

Wegen heilbarer Mängel s. besonders Bem. 5.

2. **Gestaltung der Gerechtsame aus § 462:** Das BGB. hat nicht nur in der grundsätzlichen Anerkennung des Wandelungs- und Minderungsrechtes das Vorbild des römischen und modernen Rechts befolgt, sondern auch in der juristischen Ausgestaltung. Es faßt nämlich beide Gerechtsame als besondere, aus der Mangelhaftigkeit der Verkäufer-Leistung entspringende Ansprüche — **als besondere subjektive Rechte des Käufers.** Im Gegensatz zu dieser, bei der Beratung siegreich gebliebenen Auffassung war in der Kommission auch eine andere vertreten worden, wonach durch den Mangel der Kaufsache nicht sowohl neue Ansprüche des Käufers geschaffen, als vielmehr seine aus dem Kaufgeschäft an sich entstandenen Verpflichtungen abgemindert werden sollten, s. Protok. S. 677 („die Mängelhaftung bedeutet eine materielle Abschwächung derjenigen Gebundenheit, welche für den Käufer mit dem Abschlusse des Kaufvertrags herbeigeführt wird"). Nach dieser Auffassung ist die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises gemindert, und der Käufer kann sich außerdem durch eine einseitige Rücktrittserklärung, wie nach §§ 346 ff., von ihr ganz frei machen,

so daß nunmehr auch der Verkäufer den durch die Wandelungserklärung hergestellten Rechtszustand seinerseits geltend machen kann.

Dagegen nach der römischen und nunmehr auch im BGB. zu Grunde gelegten Auffassung besteht die Verbindlichkeit des Käufers an sich voll zu Recht; er kann aber den Verkäufer anhalten, in die Aufhebung oder abmindernde Änderung des Vertrages zu willigen.

Da somit die ädilizischen Gerechtsame als wahre Ansprüche gestaltet sind, so unterliegen sie auch als solche der Verjährung, und zwar gemäß § 477 einer besonderen kurzen; nach der gegenteiligen Konstruktion könnte es sich dabei höchstens um Ausschlußfristen handeln — eine Verschiedenheit, mit der auch praktische Abweichungen, wohl nicht zum Vorteil jener Auffassung, verbunden gewesen wären, s. Prot. S. 680—1.

3. **Inhalt und Geltendmachung der Ansprüche**: Die ädilizischen Ansprüche gehen zunächst nicht auf Rückgewähr der vom Käufer gemachten oder über den nach der Minderung verbleibenden Restbetrag hinaus gemachten Leistungen, sondern auf Einwilligung des Verkäufers in diejenige Änderung der Rechtslage, die der Käufer auf Grund des vorhandenen Mangels zur Entstehung bringen zu lassen berechtigt ist. Erst hernach folgt daraus ein besonderer Anspruch auf Rückerstattung des etwa zu viel Geleisteten; s. auch § 465 und Bem. dazu.

Daraus ergibt sich, daß die Ansprüche ihre Befriedigung grundsätzlich dadurch finden, daß auf Verlangen des Käufers ein Einverständnis der Parteien über die Wandelung bezw. Minderung erzielt wird, s. § 465. Nur soweit das fehlt, kommt es zu einer gerichtlichen Geltendmachung.

Und zwar kann diese geschehen:

a) in der **Offensive**, actiones redhibitoriae und quanti minoris, Wandelungs- und Minderungsklage. Mit ihnen erheischt man zunächst die richterliche Ergänzung der fehlenden Einwilligung des Verkäufers in die Wandelung oder Minderung, dann aber auch die Zurückerstattung des nach Maßgabe der vollzogenen zuviel Geleisteten (gegen Zurückgabe der etwa schon übergebenen Kaufsache). Einer Verbindung beider Ansprüche steht prozessualisch nichts im Wege; jedoch tritt die Vollstreckbarkeit des Urteils gemäß §§ 894—5 ZPO. hier stets erst mit der Rechtskraft ein.

b) nicht minder aber auch in der **Defensive** („per exceptionem"). Damit erzielt der Käufer freilich wohl nicht (so Aufl. 1) die richterliche Ergänzung der Einwilligung des Verkäufers in die entsprechende Umgestaltung des Geschäftes, sondern wohl nur Rückbehaltung, nicht Rückerlangung des je nachdem ganzen oder teilweisen Kaufpreises.

Denn es bedarf, wie gesagt, zum Zustandekommen der Wandelung wie der Minderung einer Einwilligung des Verkäufers. Auf diese kann zwar der Käufer klagen und eine Ergänzung der fehlenden gemäß ZPO. § 894 durch (rechtskräftiges) Urteil herbeiführen. Aber eine bloße Einrede, als welche nur die Abwehr eines gegnerischen Klagebegehrens bedeutet, ist zur Herstellung einer derartigen Willensergänzung ungeeignet; das in Rechtskraft übergehende Urteil beschränkt sich nach ZPO. § 322 auf den durch Klage oder Widerklage geltend gemachten Anspruch. Es bedürfte also, um die Wandelung oder Minderung durch Richterspruch herbeizuführen, seitens des beklagten Käufers einer Widerklage. Anders freilich Dernburg § 191, 1 a. E.; Goldmann-Lilienthal S. 501; Hellwig, Verträge S. 300, Anspruch S. 9ff. (weil ja der erfolgreiche Gebrauch einer peremtorischen Einrede nach ihm allgemein den Anspruch vernichtet) und Kipp-Windscheid S. 657; ferner die meisten Gegner der Vertragsnatur der Wandelung (s. unten bei § 465), da für sie die hier hervorgehobene Schwierigkeit offenbar nicht besteht, so Eccius bei Gruchot 43 322ff., s. auch die Angaben bei Langheineken, Anspruch S. 238. Wie hier Langheineken selbst S. 237 und die meisten Anhänger der Vertragstheorie.

S. näheres über die Wandelungseinrede unten bei § 478.

4. **Wahlrecht des Käufers**: Zwischen den beiden zuständigen Ansprüchen hat der Käufer bis zum Vollzug der Wandelung oder Minderung die freie Wahl, s. Bem. zu § 465.

5. **Einfluß einer Behebbarkeit des Mangels**: Daß der Mangel in der Zukunft wieder beseitigt werden kann, tut der Zuständigkeit der Gewährschaftsansprüche keinen Abbruch — anders, wenn der früher einmal vorhandene schon zur Zeit des Kaufabschlusses wieder völlig beseitigt ist (f. 1. 16 D 21,1). Die abweichende Regelung des Landrechts (I, 5, § 326), das „die Zulässigkeit der ädilizischen Rechtsmittel davon

abhängig macht, daß der Veräußerer nicht imstande ist, dem Fehler abzuhelfen oder die zugesicherte Eigenschaft nachträglich zu gewähren" (Mot. S. 227; Entsch. d. OTr. Bd. 69 S. 137, d. ROHG. Bd. 13, S. 235), ist als solche dem neuen Recht fremd.

Eine andere Frage ist aber, ob der Käufer nicht dem Verkäufer gemäß der das Kaufrecht beherrschenden Grundsätze von Treu und Glauben nachzulassen habe, die angebotene und ohne zeitraubende, die Vertragsabsicht gefährdende Maßnahmen jederzeit mögliche Ausbesserung vorzunehmen. Das dürfte den Grundsätzen des Römischen Rechts entsprechen (s. l. 24 § 4 D. 19,2) und ist auch in der gemeinrechtlichen Praxis wenigstens bisweilen für den Fall angenommen, daß das fragliche Angebot vor der Klageerhebung erfolgt, s. Seufferts Arch. 15 Nr. 116 S. 187; 46 Nr. 211 S. 338 („Die Beklagte durfte, ohne gegen die Grundsätze von Treu und Glauben zu verstoßen, ein ordnungsmäßiges Angebot der Klägerin, die zur Disposition gestellten Stücke in lieferbaren Stand zu versetzen, nicht zurückweisen"). S. auch daselbst 48 Nr. 84 S. 134, wo unter Festhaltung desselben Grundsatzes nur wegen der Besonderheiten des Falles anders entschieden ward. Das entspricht auch im praktischen Endergebnis wesentlich der obigen landrechtlichen Vorschrift, wenn man darin nicht eine Klagebedingung, daß der Verkäufer zur Nachbesserung unfähig sei, sieht, sondern nur eine ihm für den Fall seiner Fähigkeit dazu gewährte Einrede.

Für das neue Recht ist folgendes zu sagen:

a) Einen Anspruch auf Nachbesserung hat der Käufer in der Regel nicht. Denn, wie oben Nr. 2 a γ zu § 433 entwickelt wurde, besteht für ihn grundsätzlich kein Anspruch auf Lieferung der Ware als einer mangelfreien; selbst eine besondere Zusicherung von Eigenschaften oder Mängelfreiheit begründet an sich nur Gewährschaftsübernahme, nicht auch eine derartige erweiterte Lieferungspflicht, s. Vorbem. vor § 459 Nr. 2.

Anders in zwei Fällen:

α) Wenn der Verkäufer die Ware nach dem Vertragsschluß in vertretbarer Weise beschädigt hat; dann haftet er nach § 276 auf Schadensersatz, und dieser besteht nach § 249 bei heilbaren Beschädigungen in Herstellung des früheren Zustandes. So auch Cosack § 127, V, 1, Goldmann-Lilienthal S. 496, Schollmeyer, Iherings Jahrb. **49** 115. Ungenau die Formel bei Staub zu § 377 HGB. Anm. 42, der Käufer könne immer Nachbesserung begehren, wo er Ersatz verlangen könne. Das trifft in den Fällen des § 463 nicht zu: es ist ja keine Verschaffungspflicht verletzt, und da die Ware den Mangel von jeher gehabt hat, kann auch kein Ersatz im Sinne des § 249 als Naturalherstellung in Frage kommen.

β) In vielen Fällen verspricht der Verkäufer ausdrücklich oder stillschweigend die Lieferung der Ware in tadellosem Zustand; darin liegt in der Regel zugleich das Versprechen einer Ausbesserung des entweder den Parteien bekannten oder sich möglicherweise noch herausstellenden Mangels. So kann es beim Möbelgeschäft in der Regel wohl ohne weiteres als vereinbart gelten, daß der Händler die blind gewordene Politur vor der Ablieferung auffrischen, gebeizte Stücke an fleckig gewordenen Stellen neu beizen muß, s. oben Bem. zu § 460.

b) Kann umgekehrt der Verkäufer sich der Gewährschaftspflicht durch Vornahme oder Angebot der Nachbesserung entziehen? Sicher ist, daß der Käufer nicht vor Geltendmachung seiner Gewährschaftsrechte zunächst Nachbesserung verlangen muß. Aber ob er nicht wenigstens da, wo diese dem Verkäufer möglich ist und seine eigenen Interessen Genüge leistet, auf das entsprechende Ansinnen des Verkäufers nach Treu und Glauben einzugehen verpflichtet sei, ist eine andere Frage. Dafür grundsätzlich Cosack § 127, V, 2, der darauf hinweist, daß auch bei Nichtlieferung der Ware der Käufer zunächst den Ablauf einer Nachfrist abwarten muß, ehe er vom Vertrage zurücktreten kann, ferner Emerich, Kauf und Werkvertrag S. 70, Kipp-Windscheid S. 654c, Leske S. 199, Matthiaß S. 498, Planck Nr. 4, im Grunde auch Kober-Staudinger Nr. 6a, anscheinend auch Crome § 220 Anm. 24, aus der Praxis RG. vom 8. III. 1904, JW. **33** 198$_9$, RG. ZS. VI vom 6. VI. 1905, JW. **05** 489 und KG. vom 19. XI. 1903 in OLGRspr. 8 65. Grundsätzlich dagegen Eccius aaO. S. 315—6, Endemann § 161 Anm 19—20, Schröder aaO. S. 13, Staub zu HGB. § 377 Anm. 43, Weyl, Vorträge S. 406, auch OLG. Frankfurt vom 27. V. 1904 in Rspr. IX S. 286. Auch sie geben meist zu, daß eine vor dem Gefahrübergang freiwillig vollzogene Nachbesserung die Gewährschaftsansprüche beseitige. Aber darüber hinaus muß dem Verkäufer wenigstens da die Nachbesserung gestattet

werden, α) wo die Behebbarkeit des Mangels von vornherein als sicher oder doch mit einer der Sicherheit praktisch nahekommenden Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann, β) wo ferner durch die Reparatur entweder überhaupt kein oder doch kein den besonderen Vertragszwecken des Käufers zu nahe tretender Zeitverlust entsteht, γ) wo kein sonstiges Interesse des Käufers (z. B. ein ästhetisches) dadurch verletzt wird.

Wollte bei Erfüllung dieser Voraussetzungen der Käufer das Ansinnen des Verkäufers verweigern, so verstieße das gegen Treu und Glauben (§ 242), enthielte vielfach selbst eine nach § 226 unstatthafte schikanöse Rechtsausübung. Ferner würde nach der Gegenansicht die als schwächer gedachte (vgl. §§ 462 mit 463) Gewährschaftspflicht im Ergebnis den Verkäufer stärker belasten als die Ersatzpflicht, die er bei behebbaren Mängeln wenigstens teilweise gemäß §§ 249 ff. durch Herstellung befriedigen kann. S. auch Mot. S. 227 und das obige Argument von Cosack.

§ 463.

Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Das Gleiche gilt, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat.

E. I 385, E. II 400, RV. 457. — Mot. S. 228—9 Prot. S. 686—90, D. S. 95.

Literatur: Kipp, Gutachten zum 27. Juristentag, I 228 ff., Werner, Recht 05 303 ff.

1. **Allgemeines:** In Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht gibt auch das BGB. dem Käufer neben den ädilizischen Rechtsmitteln unter Umständen einen Anspruch auf das volle Erfüllungsinteresse. Dies nämlich:

a) wenn der Mangel durch einen **nach dem Vertragsschluß** eintretenden, gemäß §§ 276 ff. **vom Verkäufer zu vertretenden Umstand** verursacht wurde. Das wird zwar für den Kauf nicht besonders ausgesprochen, ergibt sich aber als Folgerung der allgemeinen Lehren des Schuldrechts, s. Vorbem. vor § 459 Nr. 2.

b) außerdem aus den im § 463 besonders aufgeführten Gründen: also bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften und bei arglistigem Verschweigen von Mängeln zur Zeit des Vertragsschlusses (Bem. 2).

Der Begriff der „zugesicherten Eigenschaften" ergibt sich aus dem zu § 457 Nr. 5, der des „arglistigen Verschweigens" aus dem zu § 443 Nr. 2 Gesagten.

Mit dieser Regelung der Haftung geht das BGB. über das Landrecht insoweit hinaus, als dieses auch bei Garantieübernahme den Verkäufer in der strengen Weise nur bei Verschulden haften ließ. Aber andererseits verlangt das BGB. mangels solcher Garantie eine wirkliche Arglist des Verkäufers, während das Landrecht (I, 5, § 320) ein Verschulden genügen ließ, ebenso eine in der gemeinrechtlichen Praxis vielfach, neuestens auch wissenschaftlich von Fr. Leonhard („Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse", 1896) vertretene Ansicht.

Ob die Haftung auch wegen **Arglist der Gehilfen** eintrete, ist vom Gesetz nicht entschieden und aus den zu § 443 Nr. 4 angegebenen Gründen für die Fälle zu b), anders natürlich für die zu a), hier wohl eher zu verneinen. Die Vermeidung von Arglist beim Vertragsschluß ist dem Verkäufer doch schwerlich im Sinne einer Vertragspflicht auferlegt, das wäre im Grunde sogar ein hysteron proteron, sondern es soll erst aus dem arglistigen Verschweigen eine — gesetzliche — Ersatzpflicht entspringen. § 278 ist also unanwendbar.

2. **„Zur Zeit des Kaufes"**: Die Haftung aus § 463 tritt ein, wenn die fraglichen Mängel zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden waren. Wegen später eintretender s. Bem. 1a. Waren die Mängel zu jener Zeit da, verschwanden aber durch Bemühungen des Verkäufers oder auch von selbst nachher, insbesondere vor der Übergabe der Kaufsache, wieder, so wird es nach dem Wortlaut des § 463 bei der Haftung sein Bewenden haben. Indes ist zu beachten:

a) in der Zusicherung von Eigenschaften ist nicht immer die ihres derzeitigen Vorhandenseins, vielmehr unter Umständen nur die ihrer Herstellung bis zur Vertragserfüllung zu sehen; dann genügt der Verkäufer durch diese natürlich seinen Verpflichtungen.

b) auch sonst ist der Anspruch des Verkäufers nach Heilung des Mangels in der Regel gegenstandslos, weil damit sein Interesse auf Null zusammengeschmolzen ist. Wegen der ädilizischen Rechtsmittel in diesem Fall s. Bem. 5 zu § 462.

Anders nur, wenn und soweit die Heilung erst so spät erfolgt, daß das Interesse des Käufers inzwischen bereits endgültig verletzt ist (z. B. das verkaufte Haus konnte wegen des anfänglichen Mangels erst später bezogen werden). Dann bleibt die Haftung wegen dieses einmal eingetretenen Schadens bestehen.

Ist umgekehrt die versprochene Eigenschaft zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden, nachher aber wieder verschwunden, so tritt die Interessehaftung aus § 463 nicht ein, da der Paragraph über diesen Fall nichts bestimmt, auch die Voraussetzungen einer analogen Anwendung fehlen. Wohl aber kann, wenn sich das vor Uebergang der Gefahr ereignete (§ 446), darin der Eintritt einer teilweisen Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers gesehen werden im Sinne § 323, so daß der Käufer den Preis nach §§ 472 3 zu mindern berechtigt ist. Anders bei Verschulden des Verkäufers (s. Bem. 1a) und übernommener Garantie auch für die Zeit bis zum Gefahrübergang.

3. (S. auch Bem. 5 a. E. zu § 459): Bei der Haftung für zugesicherte Eigenschaften und wegen arglistigen Verschweigens kommt es, im Gegensatz zur bloßen Mängelhaftung, nicht auf die Erheblichkeit der Wertminderung an. Das ergibt sich wegen der Zusicherungen aus dem Gegensatz von § 459 Abs. 1 und Abs. 2, wegen des arglistigen Verschweigens aus seiner in § 463 ausgesprochenen Gleichstellung mit jenen. So auch RG. 30. IV. 1904, JW. **33** 359.

4. Der Einfluß des **Kennens oder Kennenmüssens des Käufers** ergibt sich aus § 460.

5. **Wieweit kann Schadenersatz verlangt werden?** Wegen des Mangels ist ja normalerweise keineswegs die ganze Verbindlichkeit des Verkäufers, wie RG. ZS. II vom 24. X. 1902, Bd. 52 Nr. 42 S. 355 (zustimmend Kober-Staudinger Nr. 8a) will, ja, nach dem oben zu § 433 Nr. 2a vertretenen Standpunkt ist überhaupt keine Verbindlichkeit des Verkäufers unerfüllt geblieben, vielmehr steht nur eine gesetzliche Haftung in Frage. Daran kann auch der, zugegeben bedenkliche Wortlaut: Schadensersatz wegen Nichterfüllung, nichts ändern. Denn unmöglich kann, selbst wer an eine Verschaffungspflicht der mangelfreien Sache glaubt, annehmen, daß der Verkäufer im Falle des § 463 überhaupt nicht erfüllt habe; auch das RG. gibt dem Käufer nur das Recht, die mangelhafte Sache zurückzuweisen und dann das gesamte Erfüllungsinteresse zu verlangen, während § 463 den genannten Ausdruck allgemein, also nicht nur auf Grund solcher Zurückweisung, verwendet. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bedeutet vielmehr nur Ersatz des Interesses an der Abwesenheit des vertretbaren Mangels oder kürzer Schadensersatz wegen des Mangels. S. gegen das RG. auch die lichtvollen Erörterungen von Kipp aaO., der freilich mit dem Gesichtspunkt einer teilweisen Leistungsunmöglichkeit operiert, aber zu einem dem hier verteidigten entsprechenden Ergebnis kommt. Ganz wie hier Schollmeyer, Iherings Jahrb. **49** 98, s. auch Planck Nr. 4, Eccius S. 335ff., Staub zu § 377 HGB. Anm. 80, im wesentlichen jetzt auch RG. ZS. V vom 12. XI. 1904, Bd. 59 Nr. 46 S. 156ff.

Keinenfalls besteht das nach § 463 zu ersetzende Interesse in dem sogen. negativen Vertragsinteresse, so mit Recht RG. ZS. V vom 23. I. 1904 bei Gruchot **48** 900: Auch wenn der Käufer seinen Anspruch aus § 463 auf Rückerstattung des Kaufpreises und der Kosten richtet — was er freilich nach dem eben Gesagten nur ausnahmsweise kann — fordert er damit nicht (unstatthafterweise) das negative, sondern das positive Interesse, mag auch die Summe der des ersteren dabei gleich sein. Ähnlich Bd. 59 Nr. 46 aaO.

Das hier über den Ersatz Gesagte gilt jedenfalls in den Fällen von S. 1, Haftung für Zusicherungen. Ob aber in gleichem Sinne auch nach S. 2, Haftung für arglistiges Verschweigen, ist nicht sicher. Dafür wiederholt das RG., so besonders **59** 156ff. aaO., dagegen Werner aaO.: da es hier an Zusicherung einer Eigenschaft fehle, könne der Käufer auch nicht verlangen, so gestellt zu werden, wie er bei Vorhandensein der vorgespiegelten aber nicht zugesicherten Eigenschaft stehen würde, sondern nur so, wie wenn er nicht getäuscht wäre. Aber das Gesetz unterscheidet nicht, es gewährt auch bei arglistigem Verschweigen Ersatzanspruch wegen Nichterfüllung, und dieser kann in beiden Sätzen nur gleich, im Sinne der herrschenden Lehre, verstanden werden.

5. **Verhältnis der verschiedenen Käuferrechte:**

a) Zwischen dem Ersatzanspruch und den ädilizischen Rechtsmitteln hat der Käufer im Falle des § 463 **die Wahl.** Dies nicht im Sinne einer Wahlschuld oder einer sogen. facultas alternativa, sondern im Sinne einer Wahlmöglichkeit zwischen mehreren ganz verschiedenen Ansprüchen. Wodurch das Wahlrecht erlösche, kann zweifelhaft sein. Soweit die Wandelung oder Minderung nach § 465 einmal vollzogen ist, wird der Käufer nicht durch Verlangen des Schadensersatzes die vollzogene wieder beseitigen können. Dagegen die bloße einseitige Erklärung, Wandelung oder Minderung zu begehren, entzieht als unverbindlich dem Käufer noch nicht das Recht aus § 463, OLG. Bamberg bei Seuffert 59 Nr. 231 S. 438. Ebenso kann er statt des geforderten („gewählten") Schadensersatzes noch immer zum Begehren der Wandelung oder Minderung solange übergehen, bis der Ersatz geleistet, oder wenigstens der Verkäufer rechtskräftig dazu verurteilt ist (so auch Crome S. 471—2, Planck zu § 465 Nr. 3 a. E., anders Kloß — s. Vorbem. vor § 459 — S. 291). Vertragsmäßige Einigung über den Ersatzanspruch wird freilich Wandelung und Minderung gleichfalls nehmen, mindestens unter dem Gesichtspunkt eines vermutlichen Verzichtes.

b) Kann der Käufer möglicherweise auch Schadensersatz neben der Wandelung verlangen? Dafür v. Tuhr, DJZ. 01 446, Dernburg § 186 Anm. 12. Das scheint weder durch Wortlaut noch durch Sinn des § 463 gerechtfertigt („statt der Wandelung"). Richtig ist nur, daß möglicherweise das Interesse des Käufers dahin geht, die mangelhafte Sache wieder loszuwerden gegen Erstattung des Preises und Ersatz des etwaigen weiteren Schadens. Aber von einer Wandelung im technischen Sinn ist dabei keine Rede. Wie hier Planck Nr. 1.

§ 464.

Nimmt der Käufer eine mangelhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 462, 463 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorbehält.

E. I. 386, E. II. 401, RV. 458. — Mot. S. 229—30, Prot. S. 690—91, D. S. 95.

1. **Allgemeines:** Während § 460 über den Einfluß einer Kenntnis des Käufers vom Mangel beim **Kaufabschluß** handelt, regelt der § 464 die Wirkungen einer bei **Annahme** der Kaufsache vorhandenen. Natürlich beseitigt die Annahme die Ansprüche des Käufers nicht als solche, sie hat jedoch folgende Wirkungen:

a) sie bürdet gemäß § 363 dem Käufer wegen der nachher etwa geltend gemachten Mängel die Beweislast auf.

b) Unter Umständen kann darin ein Verzicht auf die Geltendmachung der Mängel gefunden werden; dies möglicherweise selbst dann, wenn der Käufer diese nicht gekannt hat: der Wille, die Ware schlechthin behalten zu wollen (weil z. B. das dringende Bedürfnis doch nicht anderweit mehr gedeckt werden könnte), mag sich gerade aus der Unterlassung einer Prüfung ergeben. Eine Entlastung des Verkäufers bei Annahme der Ware durch den Käufer wird häufig auch besonders erklärt. Einen solchen Sinn haben die Klauseln: „wie besehen", „Besicht erklärt", „auf Besicht", s. darüber Hanausek, Haftung des Verkäufers I S. 89 ff. Für Arglist und nach der Sachlage nicht erkennbare Mängel wird damit aber kein Freibrief gewährt, Hanausek aaO. und die dort mitgeteilte Rechtsprechung.

Die Wirksamkeit eines solchen Verzichtes — auch eines nachträglichen — wird allgemein als selbstverständlich unterstellt, s. z. B. Kober-Staudinger Nr. 3b, 8, Neumann Nr. 2, RG. in DJZ. 03 83, ist aber in Wahrheit wegen § 397 nicht ganz unbedenklich. Aber sie ist eine praktisch unerläßliche Notwendigkeit, die sich auch wohl mit dem Gesetz vereinigen läßt. Entweder man faßt den Verzicht gar nicht als Erlaß der Gewährschaftsansprüche, sondern als eine nach allgemeinen Grundsätzen einseitig wirksame Anerkennung der Ware als einer fehlerfreien oder doch den Anforderungen des Käufers genügenden. Oder man entnimmt den §§ 460 und 464 einen besonderen Rechtsgrundsatz, daß der Käufer in der Lage sein solle, durch seinen einseitigen Willensentschluß über Sein oder Nichtsein der Gewährschaftsansprüche zu bestimmen, wodurch dann die Vorschrift des § 397 insoweit zurückgedrängt würde.

c) davon abgesehen nimmt dem Käufer nur **Kenntnis der Mängel** seine Rechte; das bestimmt besonders § 464.

Und zwar wird erfordert **wirkliches Kennen**; ein **Kennenmüssen**, sei die Unkenntnis auch noch so unentschuldbar, hat als solches nicht die gedachte Wirkung. Das ergibt sich nicht nur aus der allgemeinen Unterscheidung beider Momente im BGB. (s. § 166 Abs. 2 Satz 2 und Bem. dazu), sondern auch daraus, daß beide im § 460 gerade für die Frage der Mängelhaftung des Verkäufers verschieden behandelt werden. So auch die Mot. S. 230, während für das bisherige Recht entsprechend seiner allgemeinen Gleichstellung von Kenntnis und grob fahrlässiger Unkenntnis vielfach das Gegenteil angenommen ward, s. Windscheid II § 394 No. 29 und dort zitierte; Landrecht I, 5, § 330.

Insbesondere ist auch eine allgemeine Untersuchungs- oder Anzeigepflicht, wie sie das HGB. Art. 347 (§ 377) eingeführt hatte und auch das BGB. für den Fall des Verkaufes gewisser Tierarten aufnimmt (§ 485), hier dem Käufer nicht auferlegt. S. Prot. S. 690—1 und Bem. 3 zu § 460. Jedoch steht nichts im Wege, durch besondere Vertragsbestimmung eine solche auch im bürgerlichen Rechtsverkehr einzuführen; eine derartige Bestimmung wird z. B. in der häufigen Klausel „wie zu besehen" zu finden sein. Einem arglistigen Verschweigen des Verkäufers gegenüber ist aber auch eine solche Abrede wirkungslos. Wie der Käufer andererseits seine „wahre Kenntnis" erlangt hat, ist gleichgültig.

Zu beachten ist, daß nach § 464 immer nur ein nachträglicher Verlust der anfänglich entstandenen Gewährleistungsansprüche in Frage steht. Darum ist es bedenklich, ihn auf den Fall anzuwenden, daß beim Realkauf der Käufer die bereits als mangelhaft anerkannte Ware ersteht. Alsdann bestimmen sich die Folgen vielmehr nach § 460, s. aber auch Nr. 4 daselbst.

Ist andererseits der Tatbestand des § 464 erfüllt, so beseitigt das nicht nur die Vertrags-, sondern auch die etwaigen Deliktsansprüche, die dem Käufer wegen des Mangels etwa, z. B. nach § 826, zustehen, RG. ZS. V vom 26. X. 1904, Bd. 59 Nr. 31 S. 105.

2. **Begriff der Annahme:** Siehe darüber im allgemeinen die Bemerkungen zu §§ 362—63. Zweifelhaft war bisher beim Verkauf von Grundstücken, ob unter der entscheidenden „Annahme" nur reale Übergabe, oder auch die Entgegennahme der Auflassung zu verstehen sei. Für letzteres RG. bei Gruchot 24 955 und ihm folgend Dernburg, Privatrecht II § 143 No. 15, dagegen aber Eccius I § 85 No. 15. Für das neue Recht nimmt Fischer-Henle No. 2 unter Berufung auf § 446 an, daß die Annahme bei Grundstücken „auch in der Eigentumseintragung im Grundbuche bestehe", ebenso Crome § 220 Anm. 54. Auch ich möchte glauben, daß entsprechend dem Gefahrübergang schon der erste der beiden wesentlichen Erfüllungsakte — Übergabe und Auflassung — einerlei, welcher dem andern vorangeht, dem Käufer die Berufung auf die ihm bekannten Fehler nimmt. Denn schon darin wird in der Regel eine „Annahme" der Sache zu finden sein. So auch RG. ZS. V. vom 8. VI. 1904, Bd. 58 Nr. 67 S. 263.

3. **Vorbehalt des Käufers und ihm gleichwirkende Momente.**

a) Die Annahme schadet dem Käufer nicht, **wenn er sich seine Rechte dabei vorbehält.** Ein solcher Vorbehalt wird sinngemäß als eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung gemäß §§ 130ff. aufzufassen sein; er kann ausdrücklich, aber auch durch konkludente Handlungen erfolgen, die den entsprechenden Willen genügend bekunden, denn das Gesetz verlangt nicht einen über die allgemeinen Regeln hinaus „ausdrücklichen" Vorbehalt.

Mit dieser Maßgabe muß der Vorbehalt aber gegenüber dem Verkäufer oder seinem legitimierten Vertreter vollzogen werden; ein Vorbehalt etwa gegenüber einem Rollkutscher, Laufburschen und dergleichen ist im allgemeinen durchaus ungenügend.

Der Vorbehalt muß nach dem Text **bei der Annahme** erfolgen, siehe über den Sinn dieser Worte RG. Bd. 58 Nr. 67 S. 262/3, ZS. V vom 8. VI. 1904: Vornahme gerade unmittelbar beim Annahmeakte selbst ist nicht nötig. Auch ein vorgängiger Vorbehalt kann wenigstens dann wirken, wenn er als beim Annahmeakt aufrechterhalten anzusehen ist; eine formelle Wiederholung dabei ist unnötig.

Natürlich kann der Käufer — und wird häufig — die Sache statt des Vorbehalts bis zur Abstellung des Mangels zurückweisen, ohne deshalb in Annahmeverzug zu geraten.

b) wenn sich der Verkäufer bei Übergabe der Ware zugleich verpflichtet, den von ihm zugegebenen Mangel später zu beseitigen, bedarf es natürlich keines besonderen Vorbehaltes des Käufers. S. Schröder (Vorbem. vor § 459) S. 21. Denn er hat dann in der Regel eine selbständige Pflicht übernommen, deren er natürlich wegen § 464 nicht ledig wird.

4. **Einfluß einer späteren Entdeckung des Mangels:** Es kommt nicht selten vor, daß der Käufer den Mangel erst nach der Annahme entdeckt und den Gebrauch der Sache demungeachtet fortsetzt. Dieser Fall fällt wörtlich nicht unter § 464, und ob man diesen entsprechend darauf anwenden dürfe (s. Laband, ArchZivPrax. 74 S. 35 bis 36, der auf die bedenklichen Konsequenzen einer gegenteiligen Regelung hinweist), ist zweifelhaft und wohl kaum anzunehmen, s. dagegen auch Kober-Staudinger Nr. 9b, dafür (im Fall der Weiterveräußerung der als mangelhaft erkannten Sache) Goldmann-Lilienthal S. 502 Anm. 3.

Daß derartiges dem Käufer seine Ansprüche unter Umständen nehme, ist freilich in der bisherigen Doktrin und Praxis vielfach angenommen, unter verschiedenartiger Begründung. S. u. a. Ehrlich, Stillschweigende Willenserklärung 1893 S. 127; Entsch. d. RG. Bd. 39, Nr. 43, S. 172: es soll in der Ingebrauchnahme der mangelhaften Ware ein Verzicht auf die Wandelungsklage gesehen werden. Dem ist beizutreten, man gewinnt mit diesem Gesichtspunkt ein befriedigendes Ergebnis, ohne den nicht passenden § 464 heranziehen zu müssen.

Unterschiedslos wird ein solcher Verzicht freilich nicht unterstellt werden dürfen: man denke an den Fall, wenn der Käufer sich in der Zwangslage befindet, zur Vermeidung größerer Nachteile oder Unannehmlichkeiten die gelieferte fehlerhafte Ware in Ermangelung von etwas besserem weiter zu benutzen (z. B. bei minderwertigen Medikamenten; Weinen einer geringeren Qualität, die auf der Festlichkeit, zu der sie bestimmt sind, in Ermangelung besserer Verwendung finden). Ist es doch gerade der Verkäufer, der den Käufer in eine solche Zwangslage gebracht hat (s. den interessanten, m. E. nicht richtig entschiedenen Rechtsfall bei Ehrlich S. 142).

Noch viel weniger liegt in einer solchen — dies selbst nicht in einer ohne Zwangslage vollzogenen — Ingebrauchnahme ohne weiteres ein Verzicht auf den bloßen Minderungsanspruch, s. dazu Entsch. d. RG. aaO. und 17, 68. Denn jene steht zwar zur Wandelung, aber nicht zur Minderung an sich im Widerspruch; ein Verzicht auch auf die letztere ist nur auf Grund besonderer Umstände anzunehmen.

5. **Beweis:** Die geschehene Annahme der Sache muß der Verkäufer; den Vorbehalt der Käufer beweisen.

§ 465.

Die Wandelung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt.

E. I. 384, E. II. 402, RB. 459. — Mot. S. 228, Prot. I S. 674 ff., 685—6, 708 ff., VI S. 180 ff., D. S. 93—4.

Literatur: Flechtheim bei Gruchot **44** 65 ff., Haymann daselbst **46** 510 ff., Langheineken, Anspruch S. 215 ff., Matthiaß, DJZ. **02** 205 ff., Oertmann, „Recht" **04** 4 ff., 29 ff., Schröder, Gewährleistung (s. vor § 459) S. 25 ff., Beith, Dissert. Erlangen 1904, weitere Angaben bei Haymann S. 510 Nr. 3—4, Langheineken S. 216 No. 1—2 und unten.

1. **Allgemeines:** Über die Gestaltung der ädilizischen Ansprüche nach dem BGB. ist schon im allgemeinen bei § 462 Bem. 2—3 gehandelt. Hier bedarf es noch einer Untersuchung darüber, worauf der Wandelungs- und Minderungsanspruch gerichtet sei. Darüber hat sich eine der erbittertsten Meinungsverschiedenheiten entwickelt, zu der Stellung zu nehmen ist. Dabei soll im folgenden der Einfachheit halber zunächst allein von der Wandelung die Rede sein; das für sie Gesagte gilt für die Minderung überall entsprechend.

a) An sich läge es am nächsten, die Wandelung sich durch einseitige Erklärung des Käufers im Sinne einer rechtsvernichtenden Tatsache, entsprechend der Rücktritts- und Anfechtungserklärung, vollziehen zu lassen. Solche Auffassung hätte vielleicht rechtspolitisch am meisten für sich, aber dem geltenden Recht gehört sie nicht an. Sie scheitert schon an der nicht wegzudeutenden Anerkennung des Käuferwahlrechts

zwischen beiden Gerechtsamen bis zur erfolgten Einwilligung des Verkäufers, s. den Text; ferner daran, daß man nach ihr nicht, wie es doch § 478 tut, von einer Wandlungseinrede, sondern nur von einer solchen Einwendung reden könnte — denn mindestens mit der Geltendmachung des Wandelungsbegehrens im Prozeß müßte danach der Anspruch des klagenden Verkäufers erloschen sein. Ferner fehlt gerade der von der Ausübung des Rücktrittsrechts durch Erklärung handelnde § 349 in der Reihe der nach § 467 auf die Wandelung entsprechend anwendbaren Rücktrittsregeln. Endlich ist die Bezeichnung des Wandelungsrechtes als eines Anspruches (s. §§ 464, 477, 478) mit der gedachten Auffassung unvereinbar, da es ihr zufolge vielmehr ein „Recht des rechtlichen Könnens" sein würde.

Daher ist die Konstruktion zu a) anscheinend noch von niemandem zu Grunde gelegt worden.

b) Desto häufiger wird dagegen die Auffassung verfochten, daß der Wandelungsanspruch direkt auf tatsächliche Rückgängigmachung der vollzogenen Leistungen gehe, indem durch die Wandelungserklärung der Vertrag zwar noch nicht beseitigt, aber dieser Rückerstattungsanspruch bereits erzeugt würde. So zuerst Lobe, SächsArch. 9 104 ff. und Eccius, Gruchots Beitr. 43 324 ff. Ihnen folgen Veith aaO., Biermann, ArchZivPrax. 95 315 ff., Enneccerus S. 605, Heuer, Recht 02 97 ff., Matthiaß aaO., G. Müller in Bl. f. RA. 69 45 ff., Leonhard zu Eck S. 451, Staub zu § 377 Anm. 46 (freilich in Widerspruch zu Anm. 50 daselbst), Thiele, ArchZivPrax. 93 387 ff., Werner, „Recht" 02 282 ff., 315 ff., neuerdings auch Kober-Staudinger zu § 462, IV (anders Aufl. 1 Nr. 1 zu § 465), besonders aber mit beachtenswerter Begründung Haymann und Langheineken aaO. Nicht aber das RG. 58 Nr. 108 S. 424 ff., da es nicht diese Konstruktion, sondern nur eine allerdings ohne sie schwer erklärliche Folgerung angenommen hat (s. unten).

Die Theorie zu b) entspricht der Gestaltung der römisch-gemeinrechtlichen actio redhibitoria; wie diese stellt sie eine „quodammodo restitutio in integrum" dar, daher: **Restitutionstheorie**.

Die Restitutionstheorie ist gleichfalls zu verwerfen; gegen sie spricht entscheidend folgendes (s. ausführlicher Oertmann, Recht aaO.).

α) Wäre der Wandelungsanspruch mit demjenigen auf Rückgewähr identisch, so müßte er der in § 477 angeordneten kurzen Verjährung unterworfen sein (anders seltsamerweise Langheineken S. 220, 234, während Matthiaß S. 208 das zugibt). Es würde also der Anspruch des Käufers auf Rückgewähr schneller verjähren als entsprechende des Verkäufers, da dieser eben keinen Wandelungsanspruch hat, sondern nur auf Grund vollzogener Wandelung einen gewöhnlichen Rückgewähranspruch, der nicht unter § 477 fällt.

β) Will man dem ausweichen mit der Behauptung, der Rückgewähranspruch des Verkäufers komme erst dadurch zur Entstehung, daß er seinerseits das Empfangene zurückgewähre, so führt das offenbar zur Annahme einer Vorleistungspflicht des Verkäufers mit der Rückgewähr, was gegen das in §§ 467, 348 angeordnete Erfüllungsverhältnis der beiderseitigen Ansprüche „Zug um Zug" verstieße.

γ) Für einen Wandelungsanspruch auf Rückgewähr wäre kein Raum in den Fällen, wo der Preis noch nicht gezahlt ist. Und doch läßt § 478 auch alsdann den Wandelungsanspruch nicht nur entstehen, sondern selbst schon der Verjährung ausgesetzt sein — ein unbedingt schlagender Beweis gegen die gegnerische Lehre, den Langheineken nur durch das höchst seltsame Argument zu entkräften unternimmt, daß er vor der Zahlung einen Anspruch auf Befreiung annimmt und damit die von ihm sonst verpönte Notwendigkeit einer Mitwirkung des Verkäufers zur Herstellung des rechtlichen — nicht nur des tatsächlichen — Wandelungserfolges in aller Form wieder einführt (s. S. 230)!

c) Herrschend war von jeher, und ist es noch immer mit Recht, die sogen. **Vertragstheorie**. Dafür ausführlich Flechtheim, Oertmann und Schröder aaO., ferner Cosack § 127, II, 3b, Crome § 122, I, 1a, Dernburg § 186 Anm. 11 (mit rechtspolitischen Bedenken), Endemann § 161 Anm. 36, Goldmann-Lilienthal S. 498 ff., Hellwig, Anspruch S. 382, Kipp zu Windscheid S. 656—7, Kloß, SächsArch. 9 288 ff., Meisner, Viehgewährschaft S. 45—6, Planck zu § 462 Nr 3a, Schneider, Rechtsregeln des Viehhandels S. 139, Schollmeyer S. 31 ff., Titze, Unmöglichkeit S. 280—1, Türcke-Niedenführ Nr. 1, auch wohl Eck S. 451, den Leonhard zu den Gegnern zählt: denn er läßt den Kauf durch Urteil aufgehoben

werden. Für die Vertragstheorie auch OLG. Marienwerder in Rechtspr. IV S. 36 (s. unten) und entschieden RG. IS. II vom 21. X. 1904 Bd. 59 Nr. 29 S. 98, mit der Folgerung, daß eine schuldhafte Einwirkung des Käufers auf die Kaufsache nach erklärtem, aber noch nicht vom Verkäufer angenommenem Wandelungsbegehren nach § 351 und nicht nach § 347 zu beurteilen sei, „denn dieses Verschulden fällt in eine Zeit, in welcher der Käufer noch nicht durch Vollzug der Wandelung ein endgültiges Recht auf dieselbe erlangt hatte".

α) Für die Vertragstheorie spricht neben der Unhaltbarkeit der zu a—b entwickelten Theorien der klare Wortlaut des § 465. Ihn mit Eccius dadurch abzuschwächen, daß er nur den Zeitpunkt bezeichne, von dem ab das Wandelungsbegehren des Käufers unabänderlich werde, widerspricht der unbefangenen Auslegung und wäre nur bei Versagen aller anderen Erklärungsversuche annehmbar. Unterstützend kommt aber noch hinzu der Wortlaut des § 462. Hier wird parallelisiert Wandlung=Rückgängigmachung und Minderung=Preisherabsetzung. Wäre die eine Parallele im Sinne tatsächlicher Rückgewähr gemeint, so müßte es auch die zweite sein; diese ist es aber bestimmt nicht, denn es wird dabei nicht von dem tatsächlichen Akt der teilweisen Rückerstattung des Preises, sondern von dem rechnerisch-juristischen der Herabsetzung desselben geredet. Ist aber die Minderung nicht mit der teilweisen, so kann auch folgerecht die Wandelung nicht mit der vollständigen tatsächlichen Rückgewähr identisch sein.

β) Unterstützt wird diese Auffassung auch durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes: daß die Redaktoren mit der Fassung des § 465 die Vertragstheorie zur Geltung bringen wollten, ist unbestreitbar und unbestritten (s. Prot. I S. 680, 710); das Vorhandensein einiger gegnerischer Stimmen unter ihnen ist eine Bestätigung, keine Widerlegung dessen — denn es zeigt, daß der Wortlaut mit vollster Einsicht in seine Tragweite gewählt wurde.

γ) Die Einwendungen des Gegner schlagen nicht durch. Die Vertragstheorie mag in einzelnen Fällen zu Umständlichkeiten führen, rechtspolitisch hinter der zu a) entwickelten zurückstehen: aber das verschlägt nichts gegen ihre gesetzliche Geltung; zudem zeichnet sich die Restitutionstheorie zu b) keineswegs durch größere Klarheit aus. Der Haupteinwurf, daß die Vertragstheorie bei verweigerter Einwilligung des Verkäufers zu einem Doppelprozeß führe, trifft zudem nicht zu.

Anders war die Gestaltung des Entw. I, der allerdings durch eine einseitige, außergerichtliche Erklärung gewandelt wie gemindert werden ließ. Dagegen nach dem Gesetze gestaltet sich das Rechtsverhältnis folgendermaßen:

Der Käufer kann gemäß § 462 vom Verkäufer Wandelung oder Minderung verlangen, die eine oder andere aber ist vollzogen nach § 465, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt. Das bedeutet also: der Käufer kann vom Verkäufer den Abschluß eines neuen Rechtsaktes (Vertrages) begehren, der, und zwar in Gemäßheit der Einzelbestimmungen des BGB. über Wandelung und Minderung, den alten Vertrag entweder auflöst (wandelt) oder entsprechend modifiziert (die Verpflichtung des Käufers herabsetzt).

Weigert sich der verpflichtete Verkäufer der Mitwirkung zu diesem neuen Rechtsgeschäft, so muß der Käufer darauf Klage erheben; das rechtskräftige Urteil ersetzt dann nach ZPO. § 894 seine fehlende Zustimmungserklärung.

Hatte der Käufer vor der Wandelung bereits geleistet, so kann er auch nach der hier verfochtenen Konstruktion sofort auf Rückerstattung klagen, indem er den Erstattungsanspruch mit dem Anspruch auf Einwilligung in die Wandelung verbindet. Eine solche Anspruchsverbindung ist unbedenklich und wird fast von allen Vertretern der Vertragstheorie anerkannt, so besonders Hellwig aaO. und Lehrbuch S. 375—6, Kipp S. 656 ff., Oertmann aaO. S. 5, Schollmeyer S. 31 ff., jetzt auch Planck zu § 462 Nr. 3a a. E., s. ferner Endemann aaO. Anm. 37, bedenklich freilich v. Tuhr, DIZ. 01 446 und die Verhandlungen der Redaktoren in den Protok. Dies entweder aus dem Gesichtspunkt, daß der Erstattungsanspruch bereits als bedingter bestehe und folgerecht nach ZPO. § 259 schon geltend gemacht werden könne, oder, wohl zutreffender, weil er eine selbstverständliche Begleiterscheinung der eintretenden Rechtskraft sei. Wirklich in Geltung tritt er freilich erst mit Rechtskraft des Urteils und ist vorher auch auf Grund etwaiger vorläufiger Vollstreckbarkeit keiner zwangsweisen Durchführung fähig.

Nicht statthaft ist es ferner nach der Vertragstheorie, einfach auf Rückgewähr ohne gleichzeitiges Wandelungsbegehren zu klagen. Doch wird eine derartige Klage

möglicherweise dadurch zu retten sein, daß der Richter den Antrag auf Einwilligung als stillschweigend darin enthalten unterstellt und demgemäß an erster Stelle auf sie erkennt, so OLG. Marienwerder in Rechtspr. IV S. 36, Endemann und Goldmann aaO., Planck Nr. 2a β. Etwas anderes hat auch das RG. IS. VII vom 16. IX. 1904, Bd. 58 Nr. 108 S. 424 wohl nicht sagen wollen, wenn es den direkten Rückgewähranspruch anerkannte, ohne damit der Konstruktionsfrage nähertreten zu wollen (s. dazu auch Laband, DJZ. 05 565 und die weiteren Angaben aus der Praxis bei Warneyer, BGB. zu § 465 Nr. 5). Schwierigkeiten möchte vielleicht die Fassung des Klageantrags beim Minderungsanspruch bieten (s. Endemann Aufl. 3—4 § 161 Nr. 13). Der Käufer muß allerdings wohl in seinem Antrag einen bestimmten Betrag der verlangten Minderung ansetzen, und zwar aus prozessualen Gründen (anders Planck Nr. 2a α - β). Aber wenn er den Betrag falsch ansetzt, so führt das nicht zur vollen Abweisung, da er wenigstens im Zweifel durch sein Minderungsbegehren den Willen ausgedrückt hat, es solle um den objektiv angemessenen, dem § 472 entsprechenden Betrag gemindert werden. Zu diesem Betrage, also mit bestimmbarem Inhalt, nicht gerade zu dem nur schätzungsweise und wegen des Erfordernisses eines bestimmten Klageantrags angegebenen Ansatz in der Klage sinnt er dem Verkäufer den Minderungsvertrag an (s. auch Planck aaO.). Ist sein Wille ein anderer, so muß er das unzweideutig angeben, was er am besten dadurch tut, daß er eventuell, falls seinem Minderungsbegehren zum angesetzten Betrage nicht stattgegeben werde, den Antrag auf Einwilligung des Gegners in die Wandelung beifügt. Eine alternative Klage auf Wandelung oder Minderung ist, weil der nötigen prozessualen Bestimmtheit entbehrend, als unstatthaft zu erachten; so Dernburg § 185 Anm. 9, Crome § 222 Anm. 33 und Planck Nr. 2a β Abs. 3, anders zu Unrecht Cosack § 127 bei Anm. 31a. Man kann eine solche Klage nur dadurch retten, daß man die zweite Alternative als einen eventuellen Antrag auslegt, falls der primäre aus irgend einem Grunde — etwa wegen bereits erfolgter Konzentration auf die zweite Alternative — nicht durchdringen sollte.

2. **Wahlrecht des Verkäufers:** Zwischen den beiden Ansprüchen auf Wandelung und Minderung hat der Käufer bis zum „Vollzug" der einen oder der anderen die Wahl. Daß ihm bis dahin — im Gegensatz zum Landrecht, das durch eine außergerichtliche, mündliche Wahl der Minderungs- die Wandelungsklage ausgeschlossen werden ließ — beide zustehen, ergibt sich aus § 462 und der Nichterwähnung eines früheren Wegfalls des Wahlrechts; daß aber andererseits der Vollzug des einen den anderen Rechtsbehelf beseitigt, folgt aus der Unverträglichkeit beider nebeneinander und ihrem im Gesetz festgestellten alternativen („Wandelung oder Minderung"), nicht kumulativen Verhältnis. Von einer Unwiderruflichkeit des Wandelungsangebots ist aber bis dahin keine Rede, auch nicht im Sinne der §§ 145ff., da sie eben für unseren Fall durch § 465 ausgeschlossen wird (anders Aufl. 1).

Es fragt sich dabei nur:

a) wirkt die Klageanstellung bereits konzentrierend? Im GR. und erst recht (s. oben) im Landrecht war das an sich nicht der Fall, beide ließen fortan nur den zuerst bloß Minderung, als das Minder, heischenden Käufer nicht mehr auf die Wandelung, das Mehr, zurückkommen.

Nach dem BGB. dagegen wirkt die Klageerhebung überhaupt nicht auf das Wahlrecht des Käufers, da die einseitige Erklärung des Käufers dafür nicht genügt und der Prozeßbeginn als solcher mangels besonderer Bestimmung dazu nichts hinzutun kann. Die Bedenken Strohals (JheringsJ. 33 380), der in diesem solange hinausgeschobenen Wahlrecht des Käufers eine Unbilligkeit gegen den Verkäufer erblickt, sind unberücksichtigt geblieben. S. auch Protok. S. 699—700.

Jedoch ist dabei nicht zu vergessen, daß der beklagte Verkäufer gemäß § 271 ZPO. nach dem Beginn der ersten mündlichen Verhandlung einer Zurücknahme der Klage widersprechen und damit indirekt den Käufer unschwer bei dem zuerst Begehrten festhalten kann. Er kann auch durch Einwilligungserklärung zu dem vom Käufer Begehrten jederzeit die Wandelung oder Minderung herbeiführen, da das „Verlangen" des Käufers nach der Klageerhebung als ein ununterbrochen fortdauerndes angesehen werden muß.

b) Wirkt das rechtskräftige Urteil konzentrierend? Das muß auf Grund des in Bem. 1 Gesagten entschieden behauptet werden, denn das Urteil suppliert

danach die Einwilligung des Verkäufers. A. A. Cosack § 127 bei Anm. 32 und Eccius aaO. S. 331 — eine befremdende, mit ZPO. § 894 unvereinbare Behauptung. Wie hier Prot. S. 710 und die übrigens allgemeine Meinung, so z. B. Planck Nr. 3, Endemann, Anm. 37.

c) Konzentrierend wirkt ferner die tatsächliche Rückgewähr des Preises an den Käufer; ob auch die bloß teilweise, ist zweifelhaft (s. die Angaben bei Planck Nr. 3) und wohl mit dem RG. 52 359 insoweit zu verneinen, als darin nicht ein Einverständnis über die Wandelung zu finden ist. S. aber auch Leonhard zu Eck S. 458 Anm. 2.

d) Die **Vorschützung der Wandelungs- oder Minderungseinrede** wirkt selbst dann nicht konzentrierend, wenn daraufhin der Klageanspruch des Verkäufers rechtskräftig abgewiesen ist, s Nr. 3b zu § 465. Indes wird fortan das Wandelungs- oder Minderungsangebot des Käufers als unwiderruflich zu gelten haben, da es in gröbster Weise gegen Treu und Glauben verstieße, wenn der Käufer einerseits den ihm günstigen Erfolg der Wandelung genießen und andererseits nicht die daraus für ihn entspringenden Pflichten übernehmen will. Er hat, indem er es zum rechtskräftigen Urteil brachte, eine von ihm seinerseits nicht wieder aufhebbare rechtliche Situation geschaffen, aus der nun der Gegner die entsprechenden Folgerungen ziehen darf.

3. **Wirkung der vollzogenen Einigung**: Die bisherige Rechtsgestaltung ist nunmehr in der näher aus den folgenden Paragraphen ersichtlichen Weise modifiziert. Insbesondere durch die Wandlung gewinnt der Käufer nicht nur die Möglichkeit eines künftigen Rücktrittes, sondern die Sachlage ist der nach vollzogenem Rücktritt entsprechend. Folglich kann sich nunmehr auch der Verkäufer auf die neu eingetretene Rechtslage berufen; es geht nicht an, mit den Prot. S. 686 — die Mot. S. 228 sind zweifelhaft — dem Käufer das Recht zu geben, noch auf Vertragserfüllung zu bestehen, s. dagegen § 467 und die daselbst für anwendbar erklärten §§ 346 und 348. Der dort genannten „Verpflichtungen" kann doch der Käufer nicht durch einseitiges Belieben wieder ledig werden.

§ 466.

Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache, so kann der Verkäufer ihn unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablaufe der Frist verlangt werden.

E. I u. II wie zu § 465, RV. 460. — Mot. S. 228, Prot. S. 685—6, D. S. 94.

1. **Prinzip**: § 466 ist eine angesichts der dem Käufer ungemein günstigen Regelung des § 465 notwendige Schutzbestimmung für den Verkäufer; sie dient ihm hauptsächlich dazu, um allzu lange Spekulationen des Käufers auf seine Rechnung zu hindern. Denn die im Text unterstellte Mängelanzeige wird der Käufer im eigenen Interesse möglichst rasch machen, schon weil im längeren Stillschweigen mindestens eine Vermutung für die Zustimmung zum Wandelungsangebot des Verkäufers zu finden sein könnte. S. Denkschrift S. 94.

2. **„Angemessene Frist"**: Die gesetzte Frist muß den besonderen Umständen nach angemessen sein. S. darüber und über die Folgen der Setzung einer unangemessenen § 250 und Bem. dazu.

3. Die **Setzung der Frist** vollzieht sich nach §§ 130ff.: Klageerhebung ist nicht erforderlich, anders als im SächsGB. §§ 909, 700.

4. Der **fruchtlose Ablauf der Frist** nimmt dem Käufer das Recht auf die Wandelung, und zwar ohne weiteres, nicht aber auch das auf die Minderung.

Geht er andererseits auf das Angebot der Wandelung ein, so ist diese mit seiner Erklärung vollzogen, da die Einwilligung des Verkäufers bereits in seinem „Erbieten" voranging.

Die „Erklärung" ist natürlich eine **einseitige**, empfangsbedürftige gemäß §§ 130ff.

§ 467.

Auf die Wandelung finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 348, 350 bis 354, 356 entsprechende Anwendung; im Falle des § 352 ist jedoch die Wandelung nicht ausgeschlossen, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache gezeigt hat. Der Verkäufer hat dem Käufer auch die Vertragskosten zu ersetzen.

E. I 387, E. II 403, RV. 461. — Mot. S. 230—2, Prot. S. 692—3, D. S. 94.

1. **Allgemeines**: Schon oben ist bei Erörterung des vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes darauf hingewiesen, daß dafür die bisherigen Regeln der Wandelung in weiterem Umfang vorbildlich gewesen seien. Um so näher lag es, daß das Gesetz nunmehr auf jene §§ 346 ff. als auch für das Recht der Wandelung entsprechend anwendbar verweist.

Man kann die Frage aufwerfen, ob nicht daneben oder dahinter auch die allgemeinen Regeln der gegenseitigen Verträge zur Anwendung zu bringen seien? Sie muß von allen Gegnern der Vertragstheorie (s. Bem. 1 zu § 465) natürlich verneint werden, aber auch wohl von dem hier eingenommenen Standpunkt aus. Denn jedenfalls ist der Vertrag nur die äußere Form, mittelst deren das Gesetz die Durchführung einer dem Verkäufer auferlegten gesetzlichen Verpflichtung zur Durchführung gebracht wissen will; eine Anwendung der Vertragsregeln will auf einen solchen Fall, wo der Vertragsschluß erzwungen wird und der Vertragsinhalt ein für allemal gesetzlich festgestellt ist, nicht passen. Ferner führten diese mehrfach zu einem kaum löslichen Widerspruch zu den Rücktrittsregeln: wenn nach § 348 für den Rücktritt nur die §§ 320, 322, entsprechend anwendbar sein sollen, so bedeutet das mittelbar einen Ausschluß der sonstigen Regeln der gegenseitigen Verträge. Das erfährt durch §§ 347, 350, die mit §§ 323, 325 unvereinbar sind, Bestätigung. Wollte man also auf die Wandelung subsidiär diese Regeln anwenden, so wäre das mit der primären Anwendung der Rücktrittsregeln, wie § 467 sie vorschreibt, unvereinbar. Es ist außerdem auch unrichtig, anzunehmen, daß die Wandelung notwendig zweiseitige Pflichten erzeuge: man denke an eine solche vor vollzogener Vertragserfüllung oder nach Untergang der Kaufsache (statthaft gemäß § 350)!

Diese „entsprechende Anwendung" bedeutet im einzelnen:

a) **Ist noch von keiner Seite erfüllt, so behält es** einfach bei der durch die Wandelung vollzogenen **Aufhebung des Vertrages sein Bewenden**. Andernfalls werden beide Teile unmittelbar zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen verpflichtet, und zwar muß der Verkäufer mit dem Preise auch Zinsen erstatten, dem Käufer ferner nach dem Vorbild des Eigentumsanspruchs die etwaigen Verwendungen vergüten; der Käufer muß in derselben Weise die Nutzungen mit der Sache herausgeben oder vergüten. Die frühere (Aufl. 1) Ansicht Schollmeyers, S. 17, der Verkäufer könne nicht auf Rückerstattung klagen, sondern nur die Frist aus § 354 stellen, war unbewiesen und unhaltbar.

Eine **dingliche Wirkung** hat dagegen die Wandelung in betreff der von einem Teil dem andern übertragenen Gegenstande nicht.

b) **Die Verpflichtungen zu a) sind Zug um Zug zu erfüllen**; es greift auch deswegen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages Platz. Nicht aber kann der Verkäufer gegenüber der einredeweise geltend gemachten Wandelung des Käufers sich mit einer Replik darauf berufen, daß ihm die Sache noch nicht zurückgegeben sei; er kann vielmehr nur durch Einwilligung die ihm mittelst der Einrede angesonnene Wandelung zur Vollziehung bringen und dann aus der vollzogenen auf Rückerstattung klagen. S. auch Entsch. des RG. 26, Nr. 33 S. 187.

c) **Zufälliger Untergang der Kaufsache** nimmt dem Käufer das Recht auf Wandelung nicht. Das entspricht dem Vorgang des Gemeinen Rechts („mortuus redhibetur", s. 11. 31 § 11, 38 § 3 D. 21,1) und SächsGB. § 918, steht aber im Gegensatz zum Landrecht (I, 5, §§ 327—8) und Code (Art. 1647).

Das ist unbestritten bei einem vor vollzogener Wandelung eingetretenen Untergang. Es muß aber nach den entsprechend anwendbaren §§ 348, 350 auch für den Fall eines späteren gelten. Die abweichende Meinung von Mensing, Beiträge zur

Lehre vom Wandelungsanspruch, Dissert. Bonn 1902 S. 42, beruht auf der zu Nr. 1 a. A. zurückgewiesenenen, mit § 348 unvereinbaren Heranziehung des Rechts der gegenseitigen Verträge, besonders des § 323, auf die Wandelung. Wie hier Schröder, Gewährleistung S. 57. Selbst daß die Unmöglichkeit auf einem bewußten Konsumtionsakt des Käufers beruht, kann daran nichts ändern, sofern er nur wirtschaftlich bestimmungsgemäß erfolgt. Daß das beim Rücktritt anders sein dürfte (s. Bem. zu § 351), verschlägt nichts, da in unserem Fall der Käufer von seinem Wandelungsrecht nichts wußte, vielfach erst bei der Konsumtion den Mangel entdecken kann. So auch Conze (s. zu § 351) S. 58—9. Anders nur in der Regel bei Konsumtion trotz Kenntnis des Mangels.

Übrigens haftet der wandelnde Käufer auf Grund der vollzogenen Konsumtion nur nach den Regeln bei ungerechtfertigter Bereicherung. S. auch unten bei g.

Dagegen entfällt das Recht des Käufers bei **von ihm verschuldeter oder doch nach § 278 zu vertretender Unmöglichkeit der Rücklieferung**, während das GR. (Eck in der bei § 351 zitierten Schrift, Dernburg, Pand. II, § 101, No. 10) alsdann den Käufer wohl nur zum Wertersatz verpflichtete, ihm aber übrigens sein Wandelungsrecht nicht nahm. Fraglich kann sein — das mag hier zugleich zur Ergänzung des zu § 351 Gesagten bemerkt werden — wie weit dabei der Käufer für ein Verschulden seiner Vertreter aufzukommen habe. Jedenfalls dann, wenn er sich des Vertreters oder Gehilfen zur Erfüllung der ihm obliegenden Pflicht zur Rückleistung der Kaufsache bedient; das ergibt die Bezugnahme auf § 278. Wie aber, wenn das schuldhafte Verhalten des Gehilfen nichts mit dieser Rückleistung selbst zu tun hat, vielleicht gar vor vollzogener Wandelung vorgekommen ist? Der Wortlaut des § 351 scheint gegen eine Vertretungspflicht des Käufers in solchen Fällen zu sprechen, denn unter das nach § 278 vom Schuldner zu vertretende Verschulden fallen sie offenbar nicht. Indes wäre solche enge Auslegung praktisch bedenklich und würde den Schlußsatz des § 351 ganz inhaltlos machen, denn für das Verschulden der zuerst gedachten Art mußte jener auch ohnedies schon nach § 278 selbst haften. Vielleicht soll daher der Passus in § 351 „das nach § 278 zu vertretende Verschulden eines andern" nur den Sinn haben, den Kreis der andern abzugrenzen, für die der Schuldner haftet: d. h. seine gesetzlichen Vertreter und Gehilfen.

Es sind also unter den genannten Personen im Sinne der §§ 351 und 467 solche zu verstehen, deren sich der Rücktrittsberechtigte (Käufer) zur wirtschaftlichen Behandlung der Sache bedient, nicht gerade zur Erfüllung seiner vor der Wandelung noch gar nicht vorhandenen Verbindlichkeit. So auch Schollmeyer zu § 351 Nr. 2, Conze (s. bei § 351) S. 56—7, s. auch oben Nr. 4 zu § 351. Verfehlt Goldmann-Lilienthal S. 503 Anm. 6, die eine angebliche Verwahrungspflicht des Käufers vom Empfang der Sache an zu Grunde legen. Das mag vielleicht für den Fall des Rücktrittrechts diskutabel sein; aber geradezu absurd erschiene es, dem bei Empfang der Sache nach § 464 von dem Mangel und daher von dem Wandelungsanspruch in Unkenntnis befindlichen Käufer wegen der abstrakten Möglichkeit eines später auftretenden Mangels eine Verwahrungspflicht anzuhängen!

d) Was vom Untergang der Kaufsache gilt, muß auch überall von ihrer **wesentlichen Verschlechterung** gelten. Aber eine bloße Ingebrauchnahme der Sache ist als solche nicht ohne weiteres anzusehen; sie nimmt, auch wenn in Kenntnis des Wandelungsanspruches oder gar nach vollzogener Wandelung erfolgt, dem Käufer keineswegs ohne weiteres seine Gerechtsame, so treffend OLG. Marienwerder bei Seuffert 57 Nr. 144 S. 263. Wegen unwesentlicher s. unten bei g.

e) Auch eine **Veräußerung der Sache** entzieht dem Käufer an sich mit nichten die Möglichkeit der Wandelung, wie auch nicht in dem richtig verstandenen Gemeinen Recht (s. Eck in dem zu § 351 zitierten Aufsatz). Ja, über das letztere hinaus kann auch eine in Kenntnis des Wandelungsrechtes vollzogene Veräußerung gemäß § 353 zunächst nicht anders wirken — nur wird darin leicht eine Genehmigung des Mangels oder ein Verzicht auf das Wandelungsrecht zu sehen sein, möglicherweise auch, wenn er dadurch die Gefahr einer Vernichtung oder Verschlechterung der Sache mutwillig vergrößert, ein „Verschulden" des Käufers im Sinne von § 351.

Die weitergehende Behauptung von Staub (zu HGB. § 377 Anm. 54), daß eine solche Veräußerung immer die Wandelung ausschließe, ist unbegründet und widerspricht dem entsprechend anwendbaren § 353, der doch auch eine in Kenntnis des Rücktrittsrechts vorgenommene Veräußerung unterstellt. Dagegen auch Goldmann-Lilienthal S. 502 Anm. 3.

Eine vom dritten verschuldete Unmöglichkeit der Zurückgabe vernichtet auch für den Käufer das Recht schlechthin, § 353.

Ebensowenig beseitigt die **Zwangsversteigerung der Kaufsache** als solche das Wandelungsrecht, s. darüber Oertmann, DJZ. 05 516ff. Der Grund liegt aber nicht in der Eventualität der Wiederverschaffung der versteigerten Sache durch den Käufer, sondern darin, daß die Zwangsversteigerung von vornherein keine Unmöglichkeit, sondern nur Unvermögen begründet. Das ist wichtig um deswillen, weil nach der Auffassung der Gegner in den Fällen, wo die Wiederverschaffung ausgeschlossen, wahre Unmöglichkeit angenommen werden müßte, die, wenn unverschuldet, den Rücktritt und die Wandelung nicht hindern würde, sodaß der Käufer alsdann den Kaufpreis zurückerhielte ohne Gegenleistung, obwohl er doch durch die Zwangsversteigerung von Verbindlichkeiten um ihren Erlös entlastet, also bereichert ist. Begründet die Zwangsversteigerung dagegen, wie allein zutreffend, nur ein Unvermögen, so nimmt sie das Wandelungsrecht dem Käufer ohne Rücksicht auf Schuldlosigkeit nie; er haftet aber dafür auch auf Rückerstattung der Kaufsache. Kann oder will er sie nicht zurückerwerben, so kann ihm der Verkäufer die Ausschlußfrist aus § 354 stellen, und in den Fällen, wo der Käufer von vornherein zum Rückerwerb außer stande ist oder sich doch außer stande erklärt, wird man die dann ja doch sicher unwirksam werdende Wandelung auch ohne den Umweg der Fristsetzung von Anfang an für unwirksam erachten dürfen. Anders das Reichsgericht, das in ständiger Rechtsprechung von dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit ausgeht, und daher für die Frage der Statthaftigkeit der Wandelung auf die Schuldlosigkeit des Käufers an der Zwangsversteigerung abstellt. So zwar noch nicht in Bd. 50 Nr. 39 S. 189 (ZS. V vom 8. II. 1902), wo ganz zutreffend § 354 herangezogen wird, wohl aber sehr entschieden — von demselben Senat — am 1. IV. 1903, Bd. 54 Nr. 61 S. 219ff., am 23. I. 1904, Seuffert 59 Nr. 101 S. 179ff. und am 15. X. 1904, Entsch. Bd. 59 Nr. 27 S. 93, s. auch Bd. 56 Nr. 71 S. 268ff. Den richtigen Gesichtspunkt vertritt dagegen das OLG. Hamburg vom 1. X. 1901, Seuffert 57 Nr. 145 S. 264 (vom RG. im erstgenannten Erkenntnis bestätigt). S. auch Leonhard zu Eck S. 452 Anmerkung 3.

Das Gesagte gilt auch, wenn der Verkäufer selbst in der Zwangsversteigerung die Kaufsache erwirbt; auch darin liegt, entgegen der Ansicht des RG. 54 Nr. 61, keine wahre Unmöglichkeit, sondern nur ein Unvermögen des Käufers; weigert der Verkäufer einen erneuten Verkauf, so ist von vornherein klar, daß der Käufer ihm die Sache in vertretbarer Weise — weil er das Unvermögen als bereits beim Wandelungsvollzug vorhandenes zu vertreten haben würde — auf Grund der Wandelung nicht wiederverschaffen kann, und es darf dann das Wandelungsbegehren, weil nach § 354 doch unwirksam werdend, von vornherein vom Verkäufer abgelehnt werden. Die Schuldfrage aber, auf die das RG. abstellt, ist dabei völlig unerheblich.

f) Eine vom Käufer oder von einem dritten für ihn vorgenommene Verarbeitung, Spezifikation nimmt ihm, im Gegensatz zum allgemeinen Rücktrittsrecht, die Wandelung nicht unterschiedslos, nämlich dann nicht, wenn sich erst gerade bei ihr der Mangel gezeigt hat, z. B. man entdeckt bei der Verarbeitung des gekauften Holzes oder Marmorblocks seine Brüchigkeit.

Natürlich muß dann das aus dem ursprünglichen Gegenstand Hergestellte dem Verkäufer herausgegeben werden, gemäß § 281 BGB., aber auch schon aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung. Die Kosten der Spezifikation sind dem Käufer nur, wie Verwendungen, zu erstatten, nicht schlechthin; Planck Nr. 2c gegen Mot. S. 232.

Geht nach dem zu c—e Gesagten das Recht der Wandelung verloren, so bleibt dem Käufer natürlich darum doch das der Minderung.

g) **Unwesentliche, verschuldete Verschlechterungen**, sowie nach der vollzogenen Wandelung schuldhaft vorgenommene überhaupt verpflichten den Käufer zum Schadensersatz nach § 347.

So auch OLG. Colmar in Rspr. VIII, S. 67. Dagegen machen sie die vollzogene Wandelung keineswegs ungeschehen, wie sich aus § 347 und a contrario aus § 351 entnehmen läßt. Auch § 354 kann daran nichts ändern, denn soweit die Rückgewähr, wennschon schuldhaft, unmöglich geworden ist, kann der Käufer ihretwegen auch nicht mehr in Verzug geraten. Ebensowenig sind die §§ 325ff. auf unseren Fall anwendbar, s. oben Nr. 1 a. A., unhaltbar daher OLG. Marienwerder vom 19. V. 1903 bei Seuffert 58 Nr. 230 S. 436.

Noch viel weniger kann die bloße **Gebrauchsfortsetzung nach erklärter Wandelung** ohne weiteres das Recht beseitigen, wie Staub zu HGB. § 377 Anm. 55 beweislos und verfehlt behauptet. Dies insbesondere da nicht, wo die sofortige Außergebrauchsetzung der Kaufsache die Gefahr eines Stillstandes oder einer erheblichen Störung für den gewerblichen Betrieb des Käufers heraufbeschworen hätte, so mit Recht OLG. Hamburg bei Seuffert 60 Nr. 16 S. 34, OLG. Dresden daselbst Nr. 119 S. 122. S. auch unten k.

Anders soll es sich freilich nach der Ansicht des RG. 3S. III vom 12. IV. 1904, Gruchots Beitr. 48 796, dann verhalten, wenn der Käufer ohne Notwendigkeit den Gebrauch fortsetzt, indem darin ein Verzicht auf die Wandelung zu finden sei. Das dürfte, wenn auch nicht unterschiedslos für alle Fälle, zutreffen, allerdings nur, soweit die Wandelung noch nicht vollzogen ist, denn solange kann der Käufer nach § 465 einseitig von ihr noch abstehen.

h) Bei **mehreren Beteiligten** muß die Wandelung, um gültig zu sein, von allen, aber auch gegen alle, gemeinsam vollzogen werden — ersteres nach dem Vorbild des Gemeinen Rechts, letzteres im Widerspruch zu ihm (Dernburg, Pand. II § 101, Nr. 1d), während bei der Minderung gemäß § 474 der entgegengesetzte Grundsatz gilt. Es erscheint danach folgerecht, daß § 474 Abs. 2 die nur von einem vollzogene Minderung auch für die andern die Wandelung ausschließen läßt.

i) Bei **Verzug des Käufers** mit Rückgabe der Sache kann ihm der Verkäufer die im § 354 bezeichnete Frist bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablauf die vollzogene Wandelung „unwirksam" wird. Ob damit der Käufer das durch die Wandelung verlorene Minderungsrecht zurückgewinnt, ist nicht ganz sicher und kaum zu bejahen. Anders freilich Planck Nr. 2g und meine Aufl. 1; wie hier Kober-Staudinger Nr. VIII; Dernburg § 186, V, der das Zurückgreifen auf die Minderung als unzweckmäßig verwirft, sowie Crome § 222 Anm. 76, weil dem Käufer seine Säumnis keinen Vorteil bringen dürfe. Beides ist zutreffend und überwindet die aus dem § 354 Satz 2 entspringenden Bedenken. Man kann diesen, zumal seine Anwendung nur eine entsprechende ist, wohl so verstehen, daß durch die Fristversäumnis nur die positiven Wirkungen der Wandelung als solche wegfallen, nicht aber auch ihre in der Beseitigung des Minderungsanspruches liegende negative Wirkung. Sicher ist das freilich nicht, und Dernburgs Versuch, in der Fristversäumnis eine Erklärung des Käufers zu finden, er sei mit dem Kauf zufrieden, entbehrt zum mindesten für viele Fälle — man denke an das Unvermögen des Käufers zur Wiederverschaffung der veräußerten Sache — jeder tatsächlichen Unterlage. So bleibt die Frage zweifelhaft. Keinenfalls kann der Käufer fortan neue Wandelung wegen des Mangels verlangen: sein Recht darauf muß eben als beseitigt gelten.

k) Konsumtion und Gebrauchsfortsetzung nach vollzogener (durch Einwilligung oder rechtskräftige Verurteilung des Gegners) Wandelung (wegen vorheriger s. oben g) können diese nicht wieder beseitigen. Denn das BGB. erkennt sie nirgends als Grund für deren Wegfall an; von einem darin etwa liegenden Verzicht des Käufers läßt sich vollends nicht mehr reden, da dieser sich selbstverständlich von den mit der Wandelungsvollziehung entstandenen (s. § 346) Pflichten einseitig nicht mehr freimachen kann. Vielmehr haftet der Käufer wegen derartiger Handlungen einfach auf Schadensersatz nach § 347, soweit ein Anspruch danach etwa nicht begründet sein sollte, nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung, §§ 812ff.

2. **Vertragskosten:** Neben den unter 1 dargestellten Pflichten der Parteien wird durch Satz 2 dem Verkäufer eine solche auf Erstattung der dem Käufer erwachsenen Vertragskosten auferlegt. Darunter sind zu verstehen die Kosten der etwaigen gerichtlichen oder notariellen Verhandlung, der Stempel usw. Ob man aber auch die nicht rechtlich, sondern nur faktisch mit dem Vertrage zusammenhängenden Kosten (z. B. Reisekosten) des Käufers darunter zu rechnen habe, ist sehr zweifelhaft. Das Römische Recht ließ alles das ersetzt werden, „quod emtionis causa erogatum est", l. 27 D. 21,1.

Ebenso für das neue Recht Kober-Staudinger III B, 3b; Planck Nr. 2c ε; Staub zu HGB. § 377 Anm. 57; besonders M. Wolff (Lissa) bei Gruchot 48 505ff.: es seien auch Transport-, Montagekosten und ähnliche Aufwendungen zu erstatten, da aus der Heranziehung der in § 467 genannten Vorschriften kein Schluß dahin gerechtfertigt werde, daß daneben keinerlei andere Erstattungspflichten eintreten. Vielmehr sollen sich die genannten Pflichten aus dem Zweck der Wandelung, dem Gesichtspunkt der Restitution ergeben. Man wird diese Ausdehnung für möglich, vielleicht

für rechtspolitisch wünschenswert erachten — aber das geltende Recht ist ihr nicht sonderlich günstig. Zwar nicht aus Satz 1 allein, wohl aber aus seiner Verbindung mit Satz 2 dürfte sich doch wohl ergeben, daß nur im Punkt der Vertragskosten über die sich aus §§ 346ff. ergebenden Erstattungspflichten bei der Wandelung hinausgegangen werden soll. Doch ist das nicht so zweifellos im Wortlaut des Gesetzes begründet, daß die freiere Auslegung unbedingt ausgeschlossen wäre; der dem § 467 offenbar zu Grunde liegende Gesichtspunkt einer „quasi in integrum restitutio" spricht jedenfalls für sie.

3. **Schadensersatz:** Das Römische Recht ließ nach einer verbreiteten, gut begründeten Lehre den Verkäufer bei der Wandelung auch für den Schaden aufkommen, der dem Käufer durch die mangelhafte Beschaffenheit der Ware entstanden ist (s. Windscheid II § 394 No. 9 und dort zitierte, neuestens R. Dehn, Die actio redhibitoria in ihrer Funktion als Schadensersatzklage, Erlanger Dissertation von 1896), d. h. für das „negative Vertragsinteresse". Ebenso SächsGB. § 913. Dagegen lehnte das Preußische Recht eine solche Ersatzhaftung des Verkäufers ab, s. Dernburg, Privatrecht II § 144 No 28; Entsch. d. ROHG. 3 Nr. 80 S. 385, und dem folgt nunmehr auch das BGB.; das ergibt sich aus der Nichterwähnung eines solchen Anspruches und a contrario aus der Sonderbestimmung des Satzes 2. Selbst bei Verschulden haftet der Verkäufer nicht nach den Regeln des Kaufrechts, das vielmehr eine Haftung nur bei Arglist und für zugesicherte Eigenschaften kennt (s. § 463 und Bem. dazu), sondern nur auf Grund einer im Verkauf der mangelhaften, den Käufer schädigenden Sache (z. B. kranke Tiere, finniges oder trichinöses Fleisch) etwa liegenden unerlaubten Handlung. Ähnlich Werner, Recht **02** 476.

4. **Ort der Rückerstattung:** Da das BGB. darüber nichts besonderes bestimmt, so sind die allgemeinen Grundsätze maßgebend, d. h. der Verkäufer muß den Kaufpreis dem Gläubiger auf seine Gefahr und Kosten übermitteln; der Käufer hat die Kaufsache an seinem Wohnorte zu leisten, §§ 269—70. So auch für das bisherige Recht RG. bei Seuffert 52, Nr. 148, S. 274.

Für das neue Recht ist die Frage sehr bestritten, s. darüber Oertmann in dem zu § 269 Nr. 1bß genannten Aufsatz und dort zitierte. Die meisten nehmen in Abweichung von den allgemeinen Regeln an, der Erfüllungsort für die beiderseitigen Rückgewährpflichten sei am Wohnort des Käufers oder an dem Ort, wo sich die Ware infolge des Kaufvertrages befinde. So z. B. Dernburg § 186, III, 4, Planck Nr. 2f., Kober-Staudinger zu § 465 Nr. 2c, im wesentlichen auch Staub zu § 377 HGB. Anm. 61, dann das RG. in den oben zu § 269 Nr. 1 aaO. genannten Erkenntnissen, OLG. Celle bei Seuffert 54 Nr. 80 S. 139, OLG. Köln in Rspr. II S. 399. Anders Oertmann aaO., Seuffert, Kommentar zu § 29 ZPO. Anm. 6. Werner, Recht **02** 339. Die herrschende Lehre hat jedenfalls insoweit Unrecht, als sie den von ihr beliebten Erfüllungsort aus der Natur der Zug um Zug-Leistung ableitet (s. oben zu § 269 aaO.); wo sie das ausnahmsweise nicht tut, ist sie jeden zureichenden Beweis schuldig geblieben — insbesondere „das Wesen der Rückgewährpflicht", so RG. bei Gruchot **49** 1148, führt keineswegs zu ihr hin, s. Oertmann S. 51. Charakteristisch für die Unsicherheit der Gegner ist es, daß manche, so Staub, den Erfüllungsort für die Pflicht zur Preisrückerstattung verschieden sein lassen, je nachdem der Käufer die Ware schon zurückgewährt hat oder nicht!

Richtig ist nur, daß sich aus den Umständen leicht ein anderes ergeben kann, namentlich nach der Richtung, daß die Kaufsache an dem Orte zurückzuliefern ist, wo sie sich gerade befindet. Dies nach dem Prinzip des § 242 insbesondere, wenn die Lieferung dort dem Verkäufer keine Mehrkosten auflegt, während den Käufer der Transport zunächst an seinen Wohnort mit unnützen Mühen und Kosten belasten würde. So auch das RG. Bd. 52 Nr. 148 zit., Bd. 55 Nr. 28 S. 113ff. (freilich unter Verwendung der unhaltbaren Lehre vom notwendig identischen Erfüllungsort beider Teile).

§ 468.

Sichert der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer eine bestimmte Größe des Grundstücks zu, so haftet er für die Größe wie für eine zugesicherte Eigenschaft. Der Käufer kann jedoch wegen Mangels

der zugesicherten Größe Wandelung nur verlangen, wenn der Mangel so erheblich ist, daß die Erfüllung des Vertrags für den Käufer kein Interesse hat.

E. I 388, E. II 404, RB. 462. — Mot. S. 232—5, Prot. S. 693.

1. **Allgemeines:** Für den im vorliegenden § behandelten Fall finden sich besondere Vorschriften schon im Corpus Juris, s. die Angaben bei Dernburg, Pand. II, § 100 No. 7, wonach derlei Angaben im Zweifel als Zusicherung einer Eigenschaft aufzufassen sind. Ähnlich auch im Landrecht (I, 11, §§ 207 ff.), s. Dernburg, Privatrecht II, § 141 bei No. 6 ff. (Verpflichtung zur Nachlieferung, nach Annahme aber keine Wandelung mehr).

Für das BGB. bedurfte der Fall gleichfalls einer selbständigen Regelung, weil in einem lediglichen Mangel in der Größe im allgemeinen kein Qualitätsmangel, von dem die vorgehenden Paragraphen allein handelten, gefunden werden kann.

Nach § 468 soll bei Grundstücken das Fehlen einer „zugesicherten" Größe als zugesicherte Eigenschaft, der quantitative also wie ein qualitativer Mangel gelten, jedoch mit der durch Satz 2 gegebenen Einschränkung. Über den Begriff der Zusicherung und darüber, daß nicht jede Angabe über die Größe als solche gelten kann, ist auf das zu § 459 Nr. 5 Gesagte zu verweisen, s. auch Dernburg, Pand. II § 100 Nr. 7, nach dem sich der Sinn der Angaben vorzüglich aus der Ortsgewohnheit ergeben soll. Eine Zusicherung wird in den heute regelmäßigen Fällen zweifellos vorliegen, wenn eine bestimmte Quantität von „Quadratruten" oder „Quadratmetern" Bauland verkauft wird zu einem danach berechneten Gesamtpreise. Anders im Zweifel, wenn es beim Kaufe weniger auf die genaue Größe als auf die Individualität des Ganzen ankam (z. B. jemand kauft ein Schloß mit altem, berühmtem Park; einen als Bauland wertlosen Obstgarten).

Aber auch für andere Fälle kann — und wird häufig — durch besondere Klausel der im Vertrag enthaltenen Größenangabe die Bedeutung einer haftbar machenden Zusicherung entzogen, s. darüber zutreffend Beer, DJZ. 05 668 ff.

2. Während im Falle einer zugesicherten Grundstücksgröße im übrigen die Wirkungen gemäß §§ 459, 462,3 eintreten, soll insbesondere **das Recht der Wandelung** nach Satz 2 nur dann Platz greifen, wenn wegen der Erheblichkeit des Mangels der Vertrag für den Käufer kein Interesse hat. Das dient dem berechtigten Schutzbedürfnis des Verkäufers, der möglicherweise selbst an die zugesicherte Größe geglaubt hat. Die Erheblichkeit des Mangels muß bei Geltendmachung des Wandelungsrechtes der Käufer, als eine positive rechtsbegründende Tatsache beweisen. Wann sie vorhanden ist, ergibt der Einzelfall (z. B der Bauplatz ist für das Bauprojekt des Käufers zu klein). Entscheidend ist übrigens nicht, ob die Sache selbst, sondern ob der Vertrag noch für den Käufer Interesse hat; beides fällt nicht immer zusammen.

Soweit die Wandelung danach zulässig ist, setzt sie keineswegs vorgängige Übergabe oder Auflassung des Grundstücks voraus, wie RG. ZS. V in Bd. 53 Nr. 20 S. 73 behauptet. Daß der Verkäufer auch wegen der bis zum Zeitpunkt des Gefahrüberganges hervortretenden Mängel haftet, schließt nicht aus, ihn schon vorher wegen eines bereits hervorgetretenen in Anspruch zu nehmen, und daß der Wandelungsanspruch erst mit der Übergabe zu verjähren beginnt (§ 477) beweist nichts gegen sein früheres Vorhandensein. Vielmehr ergibt sich dieses schon aus der Wandelungseinrede des § 478, s. auch Bem. 3 a. E. zu § 459.

3. **Sind mehrere Grundstücke** verkauft, so muß man untersuchen, ob damit ein einheitliches Geschäft beabsichtigt war oder nicht. Letzterenfalls ist die Wirkung eines Mangels natürlich für ein jedes Geschäft gesondert festzustellen: ersterenfalls kann wegen der Mängel des einen die Wandelung auf das andere mit erstreckt werden, s. § 469. Möglicherweise ist aber auch, wenn das eine Grundstück kleiner, das andere indes um ebensoviel größer ist als die Angabe, nur auf das Gesamtergebnis zu sehen, sodaß der Mangel geheilt erscheint, s. die instruktive l. 42 D. 19,1. Das ist indes nicht unterschiedslos so, namentlich nicht, wenn die Qualität, Bonität, Kulturart der beiden falsch gemessenen Grundstücke eine verschiedene war, s. ll. 4 § 1, 22 D. 19,1; Code Art. 1623; s. auch Mot. S. 234. Aber auch in diesem Fall muß bei der Frage des Schadensersatzes „lucrum cum damno compensari et si quid deest emptori sive pro qualitate loci, hoc ei resarciri" l. 42 i. f. cit.

4. **Auf Quantitätsangaben bei beweglichen Sachen** bezieht sich § 468 nicht, doch steht nichts im Wege, auch darin gegebenenfalls eine Zusicherung und in dem Zurückbleiben der Ware hinter der Angabe einen Qualitätsmangel zu sehen. Ferner steht dem Käufer, wenn es sich, wie hier meistens, um Gattungskäufe handelt, ein Anspruch auf Ergänzung des fehlenden Quantums zu nach § 480.

§ 469.

Sind von mehreren verkauften Sachen nur einzelne mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden, auch wenn ein Gesamtpreis für alle Sachen festgesetzt ist. Sind jedoch die Sachen als zusammengehörend verkauft, so kann jeder Teil verlangen, daß die Wandelung auf alle Sachen erstreckt wird, wenn die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen getrennt werden können.

E. I 389, E. II 405, RB. 463. — Mot. S. 235—6, Prot. S. 693—4.

1. **Allgemeine Regel bei Verkauf mehrerer Sachen:** Die Satzung des § 469 entspricht der Natur der Sache und dem früheren Recht, s. ll. 35, 38 pr. §§ 12, 14, ll. 39—40 D. 21,1. An sich macht die Fehlerhaftigkeit einer Sache die Wandelung nur ihretwegen zulässig; auch der Umstand, daß für alle ein Gesamtpreis ausgemacht war, kann daran an sich nichts ändern (si simpliciter uno pretio venierint) — es können doch materiell mehrere Geschäfte vorliegen, wenn es sich bei den einzelnen Sachen um die Befriedigung getrennter Zwecke handelt, so daß der „Gesamtpreis" nur eine verkürzende Zusammenziehung der einzelnen, an sich selbständigen Preise darstellt.

Aber auch umgekehrt kann trotz äußerlich getrennter Preisberechnung Einheit des Geschäftes anzunehmen sein, s. l. 34 § 1 D. 21,1: „cum manifestum erit non nisi omnes quem empturum vel venditurum fuisse, ut plerumque circa comoedos vel quadrigas vel mulas pares accidere solet, ut neutri non nisi omnes habere expediat."

2. **Ausnahmen (Satz 2):** Nur in gewissen, ausnahmsweise eintretenden Fällen, deren Vorhandensein bei dieser ihrer Eigenschaft der Käufer beweisen muß, beeinflußt die Mangelhaftigkeit der einen auch das rechtliche Schicksal der anderen Sache. Dazu müssen zwei Bedingungen erfüllt sein:

a) die Sachen müssen als zusammengehörend verkauft sein, z. B. die Tiere eines Zwei- oder Viergespannes, die Bände eines Werkes, die Figuren eines Schachspieles.

b) es muß eine Trennung der mangelhaften Sachen von den übrigen nicht ohne Nachteil möglich sein — dies eine fast wörtliche Übersetzung des berühmten Passus in l. 35 cit.: „si separari non possint sine magno incommodo". Diese Bedingung würde in den Beispielen zu a) meist, aber nicht immer erfüllt sein, z. B. nicht beim Verkauf des mehrbändigen (neuen) Werkes, wenn dessen Bände auch einzeln käuflich sind, wohl aber z. B. bei einem antiquarischen Exemplar und in den andern Beispielen, ferner bei zwei als Pendants verkauften originalen Kunstwerken (nicht aber bei deren mechanischen Reproduktionen, die jederzeit wieder beschaffbar sind).

S. zu a—b auch die reiche Kasuistik bei Staub, Exkurs zu HGB. § 377 Anm. 144, ferner die Untersuchung im Erkenntnis des OLG. Königsberg bei Seuffert 59 Nr. 152 S. 269. Danach ist die Zusammengehörigkeit regelmäßig zu bejahen, wenn ein sogenanntes „Sortiment" oder „Assortiment", d. h. eine Sammlung aus verschiedenen in einem Geschäftszweig vorkommenden Sorten eines Handelsartikels, in Frage steht.

Das OLG. Hamburg in Rspr. IX S. 32 ferner bejahte die Zusammengehörigkeit, wo wegen des unsittlichen, die Verwendbarkeit ausschließenden Inhalts einer Nummer Wandelung des Jahresabonnements einer Zeitschrift begehrt wurde. Das mochte bei einer zum Aufheben und Einbinden bestimmten Zeitschrift zutreffen; bei einer Zeitung wäre in der Regel umgekehrt zu entscheiden.

Nach alledem ist auch die Einheit des Geschäftsschlusses nach BGB. zwar in der Regel, aber jedenfalls nicht schlechthin entscheidend. So würde z. B. der Mangel bei

einem Bande der einheitlich gekauften Bibliothek die Wandelung wegen des Ganzen nicht rechtfertigen können.

3. **Behandlung der Ausnahmen:** Sind die Bedingungen zu 2. erfüllt, so kann zunächst der Käufer die Wandelung wegen der mehreren Sachen insgesamt betreiben.

Umgekehrt kann aber auch nicht minder der Verkäufer, wenn bei ihm die Voraussetzungen zu 2., also namentlich ein aus der Trennung zu befürchtender Nachteil, vorliegen, verlangen, daß die Wandelung auf alle Gegenstände erstreckt werde.

Anders z. B., wenn der Verkäufer sich das vom Käufer behaltene Exemplar jederzeit wiederzuverschaffen im stande ist.

Im Prozeß (s. dazu Eccius bei Gruchot 43 337) gestaltet sich die Behandlung so:

a) Begehrt der Käufer die Gesamtwandelung, so dringt er durch, wenn die Voraussetzungen des § 469 erfüllt sind. Andernfalls wird er ganz abgewiesen; der Richter kann nicht ohne weiteres auf die Einzelwandelung wegen des wirklich fehlerhaften Stückes erkennen, da sich aus dem Begehren des Klägers nicht ohne weiteres ergibt, daß er mangels der Gesamtwandelung wenigstens die Einzelwandelung wolle. Wünscht der Käufer in zweiter Linie diese, so muß er einen entsprechenden Eventualantrag stellen.

b) Umgekehrt kann der Verkäufer, wenn für ihn die Trennung nachteilig ist, dem auf Einzelwandelung gerichteten Klageantrag widersprechen. Alsdann darf aber der Richter nicht auf die Gesamtwandelung erkennen, es sei denn wiederum, daß ein entsprechender Eventualantrag des Käufers vorliegt. Denn dieser kann zur Gesamtwandelung nicht genötigt werden. Auch mit einer Widerklage kann der Verkäufer nicht wider Willen des Käufers Erstreckung der Wandelung begehren. Das ist des nicht ganz zweifellosen Wortlautes unerachtet um deswillen anzunehmen, weil der Verkäufer einen Anspruch auf Wandelung überall nicht hat. Es steht offenbar nur ein unselbständiges Gegenrecht des Verkäufers gegen den vom Käufer geltend gemachten Anspruch auf Einzelwandelung in Frage.

Teilweise anders behandelt Eccius vom Standpunkt seiner Restitutionstheorie (s. oben zu § 465 Nr. 1) diese Fälle.

4. Beim **Sukzessivlieferungsvertrag** kann an sich nur wegen der bereits gelieferten mangelhaften Stücke gewandelt werden, es sei denn, daß die später zu liefernden nachweislich mit denselben Mängeln behaftet sind. So die feststehende Praxis, s. die Angaben bei Warneyer, BGB. zu § 469 Nr. 4. Aber auch dies m. E. nur, wenn diese Stücke bereits vorhanden sind. Künftige Sachen wegen der Wahrscheinlichkeit ihrer demnächstigen fehlerhaften Erzeugung als bereits fehlerhafte zu bezeichnen und zu behandeln, wäre der bare Widersinn, und eine „Zusammengehörigkeit" der sukzessiv zu liefernden Stücke im Sinne des § 469 wird, wenn überhaupt, nur höchst selten anzunehmen sein. Der richtige Gesichtspunkt ist vielmehr für derartige Fälle der einer Unmöglichkeit der (vertragsgemäßen) Erfüllung; sie sind somit nach §§ 275, 325 zu behandeln, s. Bem. dazu.

§ 470.

Die Wandelung wegen eines Mangels der Hauptsache erstreckt sich auch auf die Nebensache. Ist die Nebensache mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden.

E. I 390, E. II 406, RB. 464. — Mot. S. 236, Prot. S. 694.

Literatur: Schröder, Gewährleistung für Sachmängel S. 63 ff.

Über den Begriff der Haupt- und Nebensachen s. auch §§ 97, 947 und Bem. dazu. Was Haupt-, was Nebensache sei, ist aber hier nicht sowohl, wie beim Zubehör, aus objektiv-wirtschaftlichen Erwägungen, als vielmehr aus dem subjektiven Parteizwecke zu beurteilen: danach kann ein bloßes Zubehörstück möglicherweise nach Lage des Falls als Hauptsache erscheinen. Davon abgesehen, entscheidet für die Regel der Fälle die Verkehrsauffassung, nur darf man sie nicht mit Fischer-Henle für allein und schlechthin maßgebend erklären. Noch weniger ist der Zubehörbegriff allein ausreichend für die Feststellung, wenn er auch in vielen Fällen entscheidend in Rücksicht gezogen werden kann. Etwas anders Planck.

Im allgemeinen kann man wohl mit Schröder S. 67 sagen: Nebensache im Sinne des § 470 ist die, die der Käufer nach der konkreten Sachlage ohne eine andere, die

Hauptsache, nicht erstanden hätte, während er die andere sehr wohl auch ohne jene zum Gegenstand eines Kaufabschlusses gemacht haben würde.

§ 471.

Findet im Falle des Verkaufs mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis die Wandelung nur in Ansehung einzelner Sachen statt, so ist der Gesamtpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Gesamtwert der Sachen in mangelfreiem Zustande zu dem Werte der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen gestanden haben würde.

E. I 391, E. II 407, RV. 465. — Mot. S. 236, Prot. S. 694

Der § 471 regelt die wichtige Frage, in welcher Weise ein Gesamtpreis herabzusetzen sei, wenn die Wandelung nur einen Teil der dafür verkauften Gegenstände ergreift. Das kann kommen:

a) nach § 469, wenn der Regel entsprechend die Wandelung sich auf die mangelhaften Objekte beschränkt.

b) nach § 470 S. 2, wenn der Kauf nur wegen der Nebensache gewandelt wird.

Alsdann soll der Gesamtpreis nach einer Proportion herabgesetzt werden, aus deren drei bekannten Gliedern Gesamtpreis (g), Gesamtwert aller Sachen in mangelfreiem Zustande (gw) und Gesamtwert der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen (mw), sich das gesuchte vierte, der angemessene Preis für die letzteren (x) ergibt. Die Differenz von g und x muß dann der Verkäufer zurückerstatten, bezw. der Käufer wird von seiner Pflicht insoweit frei.

Beispiel: $g = 10000$; $gw = 8000$; $mw = 2000$, dann ist $x = 2500$.

$$\left(\frac{10000}{x} = \frac{8000}{2000};\ \text{also } 20000 = 8\,x;\ x = 2500\right)$$

Der Verkäufer muß also 7500 erstatten, oder der Käufer, der noch nicht geleistet hatte, nunmehr nur 2500 zahlen.

§ 472.

Bei der Minderung ist der Kaufpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde.

Findet im Falle des Verkaufs mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis die Minderung nur wegen einzelner Sachen statt, so ist bei der Herabsetzung des Preises der Gesamtwert aller Sachen zu Grunde zu legen.

E. I 392, E. II 408, RV. 466. — Mot. S. 236, Prot. S. 694—6, D. S. 94—5.

1 **Allgemeines — Bisheriges Recht:** Die §§ 472—5 handeln von dem zweiten Gewährschaftsanspruch, dem auf Minderung des Kaufpreises, und zwar der § 472 speziell von der Berechnung des Quantums, um das der Kaufpreis zu mindern ist.

Im bisherigen Recht herrschte Streit über das dabei anzuwendende Prinzip; für das Gemeine Recht und ebenso für das Landrecht sind **drei verschiedene Methoden** vertreten worden:

a) man ermittelt die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem wahren Werte und zieht sie als Subtrahendus sodann von jenem ab;

b) man ermittelt die Differenz zwischen dem wahren Werte, den die Sache im mangelfreiem Zustande haben würde, und dem jetzigen wahren Werte, und behandelt sie als Subtrahendus vom Kaufpreise.

Indes sind beide „absoluten" Methoden falsch (s. namentlich Hellweg im ZivArch. 59 35 ff., ROHG. 15 Nr. 93 S. 328 ff.); erstere könnte unter Umständen

dazu führen, daß überhaupt nichts abgezogen wird — wenn der Wert trotz des Mangels noch immer gleich oder größer ist als der Kaufpreis; letztere könnte umgekehrt den zu mindernden Preis auf Null herabdrücken, wenn die Wertdifferenz zwischen der mangelfreien und mangelhaften Sache den Betrag des Preises erreicht.

Darum war man auch schon für das bisherige Recht meist zu der **Methode einer verhältnismäßigen Kürzung des Preises** übergegangen (s. die obigen Zitate; auch Dernburg, Privatrecht II § 144 No. 27, Pand. II § 101 No. 18). Sie legt nunmehr auch das BGB. in alter Form zu Grunde. Demnach ist, wie gemäß § 471, eine Proportion zu bilden; die drei bekannten Glieder sind der Kaufpreis (p), der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande (mw) und der jetzige wahre Wert (ww); aus ihnen ergibt sich das gesuchte vierte Glied (x), d. h. der angemessene, nach der Minderung verbleibende Kaufpreis. Die Differenz von p und x muß dann der Verkäufer zurückerstatten; hatte der Käufer noch nicht gezahlt, so wird er von seiner Pflicht insoweit frei.

Beispiel:

$$p = 1000,\ mw = 1200,\ ww = 900.\ \text{Dann ist } x = 750$$

$$\left(\frac{1000}{x} = \frac{1200}{900},\ \text{also } 900 = 12\,x,\ x = 750\right).$$

Ist die Sache infolge des Mangels völlig wertlos, so wird der Preis auf Null herabgemindert, und das Ergebnis ist insoweit dem der Wandelung gleich, RG. in Holdheims MSchr. **12** 164. Natürlich ist aber dann der Käufer nach Treu und Glauben für verpflichtet zu erachten, dem Verkäufer die Sache zurückzugewähren (§ 242) — gestaltet er die Sachlage zu seinen Gunsten der Wandelung gleich, so muß er es auch zu seinen Ungunsten so gehalten werden lassen.

2. **Zeit der Schätzung**: Der für die maßgebenden Größen der Proportion zu 1 mw (Wert im mangelfreien Zustande) und ww (wahrer Wert der mangelhaften Sache) maßgebende Zeitpunkt ist derjenige des Kaufabschlusses, nicht des erhobenen Minderungsanspruches. Daraus folgt, daß etwaige inzwischen eingetretene, selbst zufällige, Verschlechterungen der Sache hier, im Gegensatz zur Wandelung, den Käufer treffen. Will er dem entgehen, so mag er wandeln, statt zu mindern. Ist aber der Kaufpreis vertragsmäßig später zu zahlen, so wird dieser spätere Zeitpunkt im Zweifel auch für die Minderung als maßgebend zu erachten sein, so richtig Planck Nr. 2 Abs. 3 und dort zitierte.

Die Schätzung selbst muß der Richter nach freiem Ermessen vornehmen, nötigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen.

3. Daß der Minderungsanspruch durch Verfügungen über die Sache — Veräußerung, Verzehrung usw. —, mögen sie auch in Kenntnis des Mangels geschehen sein, nicht beeinträchtigt wird, entspricht dem bisherigen Recht und ist auch für das BGB., weil ohne weiteres aus dem Wesen des Anspruchs sich ergebend, mangels einer besonderen gegenteiligen Bestimmung anzunehmen. Selbst eine gewinnbringende Veräußerung kann dem Käufer sein Recht nicht nehmen — es ist das eine den Verkäufer nichts angehende Angelegenheit zwischen dritten. Ohne den Mangel hätte er vielleicht, ja wahrscheinlich, noch besser beim Verkauf abschneiden können (s. dazu auch die Angaben bei Dernburg, Privatrecht II § 144 No. 28).

4. **Zu Abs. 2**: Ob bei Verkauf mehrerer Sachen die Minderung nur wegen der mangelhaften Platz greift, oder auch wegen der anderen, hängt nicht sowohl von der Einheit des ausgemachten Preises als vielmehr (so auch Dernburg § 188, VI) davon ab, ob durch den Mangel bei jenen mittelbar auch diese entwertet werden, was zwar nicht die Regel bilden, aber öfters vorkommen kann, z. B. Verkauf von zwei gerade als Gegenstücken wirkenden Gemälden, Vasen oder Möbelstücken. Ist das der Fall, so vollzieht sich die Minderung normalerweise nach Gesamtschätzungen; die nach Bem. 1 zu Grunde zu legenden Größen p, mw und ww umfassen alle beteiligten Objekte.

Für den — regelmäßigen — anderen Fall enthält Abs. 2 die Bestimmung, daß in die gleichfalls zu bildende Proportion die Gesamtwerte aufzunehmen sind. Der Unterschied von dem ersten Fall liegt also nicht in der Proportion, sondern nur darin, daß bei Abschätzung der Werte mw und ww eine Verschiedenheit nur wegen der mangelhaften „einzelnen Sachen“ vorkommen darf, da sich sonst die Minderung ja nicht, wie doch vorausgesetzt, auf sie beschränken würde. Hier verhält sich also, wenn nur wegen der Sache a, nicht wegen b gemindert wird:

$$\frac{p(a) + p(b)}{x} = \frac{mw(a) + mw(b)}{mw(a) + mw(b)}$$

Die Gesamtwerte setzen sich ja aus dem Wert der Einzelsachen zusammen. Ist also der Gesamtpreis für a und b 1000; der „mangelfreie" Wert für a 600, für b 1000; der wahre Wert der allein mangelhaften Sache b 600, so ist:

$$\frac{1000}{x} = \frac{600 + 1000}{600 + 600} \text{ oder } = \frac{1600}{1200}, \text{ also } 12000 = 16\,x;\ x = 750.$$

§ 473.

Sind neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise Leistungen bedungen, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, so sind diese Leistungen in den Fällen der §§ 471, 472 nach dem Werte zur Zeit des Verkaufs in Geld zu veranschlagen. Die Herabsetzung der Gegenleistung des Käufers erfolgt an dem in Geld festgesetzten Preise; ist dieser geringer als der abzusetzende Betrag, so hat der Verkäufer den überschießenden Betrag dem Käufer zu vergüten.

E. II 409, RV. 467. — Prot. S. 696—7.

Literatur: Kisch, Unmöglichkeit S. 176ff.

1. **Allgemeines:** Daß neben dem in Gelde bestehenden Kaufpreise auch andersartige Leistungen ausbedungen werden können, ohne dem Geschäft seinen Kaufcharakter zu nehmen, ist schon in der Vorbem. 1c vor § 433 festgestellt worden. § 473 handelt von der für die Minderung wichtigen Frage, wie alsdann die herabzusetzende, aus Kaufpreis und Nebenleistungen bestehende Gesamtverpflichtung des Käufers zu berechnen sei. Es sind zwei Fälle zu scheiden:

a) **die Nebenleistungen** „haben **nicht vertretbare** — im Sinne von § 91 BGB. — **Sachen zum Gegenstande**"; von diesem Fall redet der Paragraph allein. Der Sinn ist nicht zweifellos: gehört das „nicht" zu vertretbar oder zu haben? Ersterenfalls würde die Bestimmung nur auf — nicht vertretbare — **Sachen** (res non fungibiles), letzterenfalls daneben auf alle andern, auch die in einem persönlichen Handeln bestehenden, Nebenleistungen (Dienste usw.) gehen, nur nicht gerade auf vertretbare Sachen. Ich halte letztere Auslegung für angemessener: einmal ist dem BGB. zwar der Ausdruck „vertretbare", nicht aber auch der „nicht vertretbare Sachen" als terminus technicus geläufig; zum andern würde die gegnerische Auslegung in das Gesetz eine Lücke hineinbringen. So auch Prot. I S. 696 und sehr entschieden Kisch S. 176, ferner Kober-Staudinger Nr 2a.

In diesen Fällen soll zunächst der Wert der Gegenleistungen in Geld veranschlagt werden; auch dies wieder nach freier Schätzung entsprechend dem zu § 472 Gesagten. Das ist unterschiedslos nötig, um den der Proportion zu Grunde zu legenden Gesamtwert der Leistung des Käufers ($p + q$, wenn q den Wert der Nebenleistungen darstellt) zu gewinnen, und damit den Subtrahendus x.

Ist x gefunden, so soll nun aber die Herabsetzung nicht von dem ja nicht realen, sondern nur rechnerischen Gesamtbetrage $p + q$ erfolgen, vielmehr von dem realen Preise p; die Nebenleistungen bleiben unverändert geschuldet.

Das ist einfach, wenn der Minuendus p größer ist als der Subtrahendus x; wenn aber, wie hier leicht möglich, das Gegenteil der Fall, so übt auch das auf die Nebenleistungen keinen Einfluß, vielmehr hat hier laut Schlußsatz der Verkäufer dem Käufer die Differenz zu vergüten, d. h., wenn er schon den Preis erhalten hatte, muß er mit ihm auch jene herausgeben; andernfalls bekommt er gar keinen Preis und muß seinerseits zu den dem Käufer verbleibenden mangelhaften Waren noch die Differenz hinzuzahlen — der Begriff des Kaufes wird damit nicht beeinträchtigt: als Preis ist hier der verbleibende Rest der für die Nebenleistung gewonnenen Abschätzungssumme anzusehen.

Diese Regelung widerspricht möglicherweise der Parteiabsicht, s. Kisch S. 178, denn nicht immer ist der einen wie der anderen Partei damit gedient, daß gerade die vereinbarten Nebenleistungen von der Minderung erst zuletzt betroffen werden. Zweifellos

ist aber der § 473 nachgiebig; er tritt somit außer Anwendung, wenn seine Regelung dem nach dem besonderen Vertragszwecke zu unterstellenden vermutlichen Parteiwillen widerspricht; auch wohl ohne diese — vielfach versagende — Hilfe wird einem ganz unangemessenen Ergebnis der Anwendung des Satzes 2 vielleicht durch Berufung auf § 242 entgegengetreten werden können.

b) für den andern Fall, **daß die Nebenleistungen in vertretbaren Sachen bestehen,** bestimmt der § 473 direkt nichts; es ist wegen seiner Anwendbarkeit auf diesen Fall zu sagen:

α) daß Satz 1 (Veranschlagung der Nebenleistungen in Geld) entsprechend anwendbar sei, nahmen Plancks (Nr. 1) und mein Kommentar in Aufl. 1 an, ebenso noch jetzt Kober-Staudinger Nr. 2b, 4. Dagegen aber Enneccerus S. 608, der dafür eine verhältnismäßige Kürzung an beiden Leistungen eintreten läßt, ebenso Goldmann-Lilienthal S. 501, Kisch S. 176, jetzt auch Planck Aufl. 3 Nr. 1. Auch ich lasse meine frühere Auffassung, da sie den Wortlaut nicht für sich hat und durchschlagende Gründe für dessen entsprechende Anwendung zu fehlen scheinen, fallen.

β) Daß Satz 2 auf den hier besprochenen Fall unanwendbar sei, ist zweifellos, so auch Kober-Staudinger Nr. 4 und meine Aufl. 1. Nach dem zu α Gesagten entfallen auch die weiteren Schwierigkeiten, die meine Aufl. 1 einerseits, Kober-Staudinger andererseits verschieden zu lösen versuchten.

γ) Ist die Rückgabe der Nebenleistungen nicht mehr in natura möglich, so kann es zweifelhaft sein, ob der Verkäufer dafür ein entsprechendes Quantum aus der Gattung zu erstatten, oder ob alsdann wenigstens wie nach § 473 S. 2 die Herabsetzung der Gegenleistung allein an dem in Geld angesetzten Preise zu erfolgen habe. Auch hier wird im ersten Sinne zu entscheiden sein: denn wenn es bei der Erstattung des Geldpreises nicht auf die Herausgabe gerade der empfangenen Stücke ankommt, so wird das auch bei der von sonstigen Fungibilien wenigstens in dem hier unterstellten Falle nicht anders sein.

2. **Als maßgebender Zeitpunkt für die Schätzung** wird auch hier der des Kaufabschlusses festgesetzt; das entspricht durchaus der Bestimmung des § 472 für die Abschätzung des Wertes der verkauften Waren.

3. Nur der **Wert** der Nebenleistungen, nicht das vielleicht höhere **Interesse** des Verkäufers daran kommt nach § 473 in Frage.

4. Bis zur Erstattung des gemäß §§ 472, 73 vom Verkäufer dem Käufer zu gewährenden oder zurückzugewährenden Geldbetrages kann dieser gemäß §§ 273, 320 ff. die noch nicht vollzogenen Gegenleistungen verweigern.

5. § 473 ist auch anwendbar im Falle von § 323², ferner gemäß § 515 beim Tausche: hier natürlich besonders bedeutsam.

§ 474.

Sind auf der einen oder der anderen Seite mehrere beteiligt, so kann von jedem und gegen jeden Minderung verlangt werden.

Mit der Vollziehung der von einem der Käufer verlangten Minderung ist die Wandelung ausgeschlossen.

E. I 394, E. II 410, RB. 468. — Mot. S. 237, Prot. S. 700.

1. **Prinzip:** Im Gegensatz zum Recht der Wandelung (§§ 356, 467) kann das der **Minderung** von jedem der mehreren Käufer wie auch **gegen jeden der mehreren Verkäufer gesondert** ausgeübt werden; ebenso von jedem wie gegen jeden der mehreren Erben oder sonstigen Gesamtnachfolger des ursprünglichen Kontrahenten.

Schwierigkeiten können sich nur ergeben, wenn die mehreren Beteiligten Gesamtgläubiger oder -schuldner sind, s. darüber näheres bei Kipp-Windscheid S. 662.

2. **Absatz 2** ist ein einfacher Folgesatz aus der Unteilbarkeit des Wandelungsrechtes. Ist die Minderung von einem Käufer vollzogen, so kann er bei dem alternativen Verhältnis beider Rechte nicht mehr wandeln; angesichts der Unteilbarkeit der Wandelung ist diese folgegerecht nunmehr auch den andern verschlossen. Dagegen schadet das bloße einseitige Verlangen der Minderung durch den einen Käufer nach dem zu § 465 Gesagten der Wandelungsbefugnis aller noch nicht.

§ 475.

Durch die wegen eines Mangels erfolgte Minderung wird das Recht des Käufers, wegen eines anderen Mangels Wandelung oder von neuem Minderung zu verlangen, nicht ausgeschlossen.

E. I 393, E. II 411, RV. 469. — Mot. S. 236—7, Prot. S. 698—9.

1. **Prinzip:** Daß trotz der wegen eines Mangels ausgeübten — erst recht natürlich trotz der erst einseitig verlangten — Minderung nachher noch wegen eines anderen die Gewährschaftsansprüche geltend gemacht werden können, entspricht der Natur der Sache und dem früheren Recht, s. l. 31 § 16 D. 21,1, SächsGB. § 920; für das Preußische Recht Dernburg, PR. II § 144 No. 28. Dem folgt auch das BGB., und zwar

a) gewährt es nicht nur, woran die bisherige Literatur meist allein gedacht hatte, ein Recht auf weitere Minderung, sondern selbst ein solches auf Wandelung (so auch schon bisher Hanausek, Haftung des Verkäufers S. 171 No. 22 und dort zitierte).

b) auch das wird nicht verlangt — im bewußten Gegensatz zu Entw. I § 393 — daß der zweite Mangel erst nach Vollzug der ersten Minderung entdeckt wurde; es kann aber unter Umständen in der Geltendmachung der Minderung nur wegen des einen ein Verzicht auf die Ansprüche wegen des andern gesehen werden; möglicherweise verstößt ein solches Verhalten des Käufers auch gegen das Prinzip des § 242, s. Hanausek aaO. Unterschiedslos kann das alles freilich, zumal angesichts des allgemeinen Wortlautes, schwerlich noch anzunehmen sein.

2. **Umfang des neuen Gewährschaftsanspruches:**

a) Daß bei der Wandelung der durch die frühere Minderung bereits abgesetzte Teil des Preises berücksichtigt werden muß, ist selbstverständlich.

b) aber auch bei einer neuen Minderung hat Entsprechendes zu gelten; in der zu ihrer Durchführung aufzustellenden Proportion ist jetzt nicht mehr der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande, sondern der Wert unter dem Einfluß nur des ersten, abgetanen Mangels dem Werte im jetzigen, doppelt mangelhaften Zustand gegenüberzustellen. S. auch § 17 zit.: „id agendum esse, ne lucrum emptor faciat et bis eiusdem rei aestimationem consequatur".

So auch Neumann gegen Dernburg § 188 Anm. 7. Jener will den durch Minderung abgeänderten Vertrag zu Grunde legen und den dafür berechneten Preis nochmals mindern. Dernburg dagegen legt den alten Kauf zu Grunde und mindert den Preis in dem sich durch beide Mängel in ihrer Gesamtbedeutung ergebenden Maße. Von dieser Gesamtminderungssumme wird dann der früher bereits ausgeschaltete Betrag abgesetzt. Das mag praktisch empfehlenswert sein; dem Gesetze dürfte es kaum entsprechen. Denn durch die erste Minderung ist der alte Kauf in unwiderruflicher Weise modifiziert worden; das Gesetz gibt uns keinen Anhalt, im Fall des § 475 auf seine Bedingungen zurückzugreifen. Der Käufer sinnt vielmehr, wenn er wegen des neu entdeckten Mangels wiederum Minderung heischt, dem Verkäufer eine Modifikation des durch den ersten Minderungsvertrag zustandegekommenen Abänderungsgeschäftes an, nicht eine solche des alten Kaufgeschäftes. Wie Dernburg freilich Planck Nr. 1, Crome § 222 Anm. 108, wie hier Kober-Staudinger Nr. 4.

3. **Mehrheit der Beteiligten:** Auch wenn früher einer der Beteiligten Minderung verlangt hat, ist in dem vorliegenden Fall Wandelung (scil. durch alle) nicht ausgeschlossen; § 474 Abs. 2 gilt hier ebensowenig, wie § 465.

§ 476.

Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt.

E. I 396, E. II 412, RV. 470. — Mot. S. 238, Prot. S. 701.

Literatur: Beer, DJZ. 04 88ff.

1. Es entspricht den Grundsätzen der Vertragsfreiheit, daß die Haftung des Verkäufers für Mängel der Kaufsache durch Parteiabrede grundsätzlich sowohl **beschränkt**, als auch **erweitert** werden kann. Das hatte Entw. I in § 396 zum Überfluß besonders zum Ausdruck gebracht. Auch der jetzige § 476 hält an diesem Prinzip fest. Er beschränkt es aber in Einklang mit dem bisher geltenden Recht (s. für das GR. l. 14 § 9 D. 21,1, RG. Bd. 31 Nr. 31 S. 164; Seuffert 53 Nr. 75 S. 134; Landrecht I, 5, §§ 318, 348; 11, §§ 137—8; Code Art. 1643, SächsGB. § 947; altes HGB. Art. 350) und in Konsequenz des bereits in § 443 für den Fall der rechtlichen Mängel gegebenen entsprechenden Einschränkung dahin, daß ein vertragsmäßiger Ausschluß der Haftung für arglistiges Verschweigen für nichtig erklärt wird. Das ist nicht etwa ein Anwendungsfall des in § 276 Abs. 2 ausgesprochenen Verbotes des pactum de dolo non praestando (so Aufl. 1), denn es handelt sich ja hier nicht um Abmilderung der vertragsmäßigen Leistungs-, sondern um solche der davon durchaus verschiedenen (s. Bem. 2 vor § 433) Gewährschaftspflicht und keinenfalls um einen Freibrief für künftiges Verhalten.

2. Der **Begriff des arglistigen Verschweigens** ist im Sinne des § 476 der gleiche wie in dem des § 443, s. die Bemerkungen dazu Nr. 2. Verschieden ist nur im einen und andern Fall die inhaltliche Richtung, auf die sich jenes zu beziehen hat. Dabei erheben sich im Sinne des § 476 Zweifel, ob der Verkäufer arglistig nur solche Mängel verschweigen könne, die ihm geradezu bekannt sind (so Beer S. 92), oder ob möglicherweise auch bloße Zweifel an der Fehlerlosigkeit für genügend zu erachten seien. Dafür, daß auch letzterenfalls ein arglistiges Verschweigen vorliegen könne, RG. ZS. V vom 16. V. 1903 bei Seuffert 58 Nr. 167 S. 314 (Gruchot **47** 925). Im Ergebnis traf diese Entscheidung sicherlich das richtige — es handelte sich um ein Haus, von dem der Verkäufer wußte, daß es Risse in den Innenwänden hatte, deren Folgen er nur durch Verkitten beseitigt zu haben hoffte. Denn schon diese, wenn auch verklebten Risse sind Fehler, die der Verkäufer anzuzeigen für verpflichtet zu erachten ist.

Ähnlich steht es mit der späteren Entscheidung desselben Senates vom 20. IV. 1904 bei Seuffert 59 Nr. 199 S. 363. Der Verkäufer eines Hauses wußte zwar nicht, daß es mit Schwamm behaftet sei, aber ihm war dessen äußerlich verdächtiger Zustand, die sog. „Schwammverdächtigkeit“, bekannt. Das Verschweigen dieser „Schwammverdächtigkeit“ ist als ein im Sinne der §§ 463, 476 arglistiges zu erachten, aber nicht wegen Unterdrückens bloßer Zweifel, sondern weil die dem Verkäufer bekannte Schwammverdächtigkeit als solche bereits vom Verkehr als Mangel gewertet wird. Für diese Bedeutung der „Schwammverdächtigkeit“ spricht sich die Entscheidung ausdrücklich aus. Dagegen kann die weitere Begründung des ersten Erkenntnisses nicht als richtig anerkannt werden: denn arglistig ist nie das Verschweigen von Zweifeln (so auch Beer aaO., Kober-Staudinger zu § 460 Nr. 3a β), sondern höchstens das Verschweigen solcher dem Verkäufer positiv bekannter besonderer Umstände, die einen Schluß auf das Vorhandensein des Mangels begründen. So würde z. B der Verkäufer einer seltenen Marke auf das Fehlen des Wasserzeichens aufmerksam machen müssen, weil und soweit dieses Fehlen den Verdacht einer Fälschung oder eines sog. Neudrucks nahelegt. Entsprechendes dürfte wenigstens überall da gelten, wo der besondere Umstand, der den Verdacht des Fehlers begründet, seinerseits schon als ein Art Mangel anzusehen ist.

Andererseits liegt kein arglistiges Verschweigen vor, wenn der Verkäufer einen vermeintlichen, in Wahrheit nicht vorhandenen Mangel verschwieg, dies selbst dann, wenn an Stelle des vermeinten ein anderweiter, ihm nicht bekannter Mangel vorhanden war; s. RG. vom 23. XII. 1903 bei Seuffert 59 Nr. 75 S. 138.

Zu beachten ist auch, daß das „arglistige Verschweigen“ nicht gerade beim Vertragsschluß selbst vorgekommen zu sein braucht; es kann auch in der Nichtkundgebung des später — etwa bei der Absendung — entdeckten Mangels gefunden werden. Das gilt sowohl vom Wandelungs- und Minderungs-, wie vom Schadensersatzanspruch.

3. Soweit demnach die Ausschließung oder Ermäßigung der Haftung statthaft, kann sie sowohl ausdrücklich wie durch konkludente Handlungen verabredet werden; das zu § 443 Bemerkte ist auch für den hier vorliegenden Fall verwendbar. Einseitige, die Haftung ablehnende Vermerke auf der Faktura sind natürlich als solche unerheblich, Staub zu § 377 Anm. 150. Als Wegbedingung der Haftung ist dagegen schon die allgemeine Klausel erachtet worden, das Grundstück werde in dem Zustande

verkauft, „worin es sich gegenwärtig befinde", OLG. Hamburg 26. XI. 1900 im „Recht" 1901 S. 45 Nr. 141. Dasselbe gilt von der Klausel „wie besehen", Hanseat. GZ. 01 296.

§ 477.

Der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft verjährt, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahre von der Übergabe an. Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden.

Beantragt der Käufer gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises, so wird die Verjährung unterbrochen. Die Unterbrechung dauert bis zur Beendigung des Verfahrens fort. Die Vorschriften des § 211 Abs. 2 und des § 212 finden entsprechende Anwendung.

Die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung eines der im Abs. 1 bezeichneten Ansprüche bewirkt auch die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung der anderen Ansprüche.

E. I 397, E. II 413, RB. 471. — Mot. S. 238—41, Prot. S. 701—8, D. S. 95—7.

1. **Allgemeines — Bisheriges Recht:** Daß die Gewährschaftsansprüche einer kurzen Verjährung unterliegen, ist durch die Sicherheit des Verkehrs gefordert (s. Mot. S. 238) und entspricht allen bisher geltenden Rechten. Die Zeitdauer aber ist von diesen sehr verschieden normiert. Das Gemeine Recht ließ bekanntlich die actio redhibitoria in sechs Monaten, die a. quanti minoris in einem Jahre (beides „utiliter" berechnet) verjähren. Das Landrecht unterschied nach den Objekten: die Verjährungsfrist betrug bei Mobilien sechs Monate, bei Immobilien ein Jahr, bei Landgütern (landwirtschaftlichen Grundstücken) drei Jahre, I. 1, 5, §§ 343 ff. Das HGB. Art. 349 setzte die Frist für die Klagen wegen Mängel der Kaufsachen allgemein auf sechs Monate fest, ließ aber die Einreden gegen die Klage bestehen, wenn nur die nach ihm erforderliche sofortige Anzeige des entdeckten Mangels binnen sechs Monaten nach der Ablieferung erfolgt ist. Das SächsGB. endlich hatte die Fristen von sechs Monaten und einem Jahre, erstere bei Mobilien, letztere bei Immobilien, § 923 (ebenso der Dresdener Entwurf Art. 192), ließ aber danach alle Ansprüche erlöschen, außer wenn Arglist des Verkäufers im Spiele gewesen ist.

Die Fristen des Sächsischen Rechts und ihre Erstreckung auf die Haftung wegen zugesicherter Eigenschaften werden nunmehr auch vom BGB. aufgenommen. Und zwar sind die Sechsmonats- und Jahresfrist angesichts der Gestaltung der ädilizischen Gerechtsame als selbständiger Ansprüche nicht als Ausschlußfristen, sondern als gewöhnliche Verjährungsfristen anzusehen. Über ihren Lauf gelten die allgemeinen Regeln der §§ 194 ff.; über die Fristberechnung s. §§ 186—7.

2. **Beginn der Verjährungsfrist; Kenntnis des Käufers:** Das Römische und Gemeine Recht ließ die Verjährungsfrist bei der „utilen" Berechnungsart erst beginnen, nachdem der Käufer den Mangel entdeckt hatte, es sei denn, daß die Unkenntnis auf grober Nachlässigkeit beruhte (s. Entsch. d. RG. 21 Nr. 27 S. 163; l. 55 D. 21,1).

Dagegen kommt es für das bürgerliche Recht, ebenso wie schon bisher für das Handelsrecht, darauf nicht an, ob der Mangel innerhalb der Frist wirklich erkannt wurde oder auch nur erkennbar war (s. Mot. S. 239). Die Verjährung beginnt vielmehr nach dem klaren Wortlaut mit dem Moment der Ablieferung, bei Grundstücken der Übergabe, dies auch dann, wenn die Gefahr im einzelnen Fall in einem früheren oder späteren Zeitpunkt übergehen sollte.

Was ist darunter zu verstehen?

a) die Ablieferung als maßgebender Zeitpunkt ist dem bisherigen Handelsrecht nachgebildet, s. dazu Staub zu Art. 347 § 19 und vorzüglich Entsch. des RG. Bd. 5 Nr. 8 S. 31 (bei Planck unrichtig: 21). Danach enthält die Ablieferung nicht, wie die Übergabe, ein Rechtsgeschäft, sondern einen tatsächlichen Hergang, eine einseitige Handlung des Verkäufers. Sie kann mit der Uebergabe zusammenfallen, unter Mitwirkung des Käufers erfolgen, dies vielleicht in den meisten Fällen, aber wesentlich ist eine solche Mitwirkung des Käufers durchaus nicht. Die Ablieferung kann der Übergabe vorangehen (z. B. der Verkäufer legt die Sache in einem Raume des Käufers nieder und benachrichtigt ihn davon) oder nachfolgen, wesentlich ist für sie nur, daß der Verkäufer sich des Gewahrsams der Sache entäußert, und daher der Käufer die faktische Möglichkeit erlangt, ihn sich durch einseitigen Akt sofort zu verschaffen. Daher genügt z. B. nicht die Übergabe der Sache durch constitutum possessorium (§ 930) oder Abtretung des Eigentumsanspruches (§ 931) — so auch Planck Nr. 4a unter Darlegung der Entstehungsgeschichte und die wohl allgemeine Meinung — sowie durch Übergabe eines Lagerscheins, Ladescheins, Konossements (HGB. §§ 424, 450, 647) oder gar eines bloßen Frachtbriefes.

Dagegen muß es ausreichen, wenn der Käufer schon bisher Detentor oder gar Besitzer war, und ihm nun die Sache mittels traditio brevi manu überlassen wird; dieser Akt steht doch sinngemäß dann der hier unnötigen besonderen Ablieferung durchaus gleich.

b) die Übergabe ist hier m. E. wieder in demselben Sinne zu verstehen, wie oben im § 446, s. Bem. 1a—b dazu. Es genügt also jedenfalls traditio brevi manu; ob aber auch constitutum possessorium und — sofern sie hier möglich — Abtretung des Eigentumsanspruchs, ist minder zweifellos und wird von Planck Nr. 4b, wie bei § 446, auch hier bestritten. Ebenso von Eccius bei Gruchot 43 341, Enneccerus S. 610, Oberneck, Grundbuchrecht S. 404. Man muß indes bedenken, daß solche Akte, wenn sich der Erwerber damit begnügt, die Übergabe „ersetzen" sollen, dies also doch wohl in allen nicht besonders ausgenommenen Beziehungen; ferner würde die gegnerische Lehre den geflissentlich gewählten Gegensatz zwischen „Ablieferung" und „Übergabe" eines großen Teiles seiner Bedeutung berauben. Allerdings kann der Käufer in den kritischen Fällen die Sache vielleicht noch nicht untersuchen: aber es war ja sein freier Wille, sich mit solchen Surrogaten der wahren Übergabe zu begnügen. Wie hier auch Cosack § 127, II, 9b, Crome § 223 Anm. 9, Dernburg § 191, II, 2, Kisch, Grünhuts Zeitschr. 29 358. Zweifellos ist die Entscheidung allerdings durchaus nicht.

3. **Unterbrechung der Verjährung**: Auch darüber gelten im allgemeinen die gewöhnlichen Regeln, §§ 208ff. Eine besondere Bestimmung enthält außerdem Abs. 2. Die dort genannte „Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises" vollzieht sich gemäß ZPO. §§ 485ff., s. namentlich § 488, wonach der Käufer auch ohne besondere Begründung den Antrag darauf stellen kann. Es gelten für diesen Fall der Unterbrechung die Sätze der §§ 211—2 entsprechend.

Zweifelhaft ist, ob die Unterbrechung durch Klageerhebung erfordere, daß gerade auf Wandelung oder Minderung geklagt sei, oder ob auch ein anderes, wesentlich denselben Zweck verfolgendes Klagbegehren (z. B. Verlangen der Vertragsaufhebung und Rückgewähr wegen arglistiger Täuschung) an Stelle des eigentlichen Wandelungsbegehrens, dazu genüge. Dieser freieren Auffassung neigt zu das RG. ZS. V vom 1. IV. 1903, Bd. 54, Nr. 61 S. 221, wohl mit gutem Grund. Doch kann die Frage nicht hier, sondern nur in allgemeinerem Zusammenhang bei § 208 erschöpfend behandelt werden.

4. **Abs. 3**: Da es sich um drei verschiedene Ansprüche handelt, so würde die Hemmung (§§ 202ff.) oder Unterbrechung (§§ 208ff.) der Verjährung bei dem einen an sich nicht zur Erhaltung der andern wirken. Aus guten Gründen wird aber in Abs. 3 das Gegenteil bestimmt.

5. **Ausnahmen von der kurzen Verjährung**:

a) Schon das Gesetz entrückt ihr die Fälle, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, s. dazu die Bem. zu § 443 u. 460, ferner Prot. S. 705. Auf arglistige Zusicherung nicht vorhandener Vorzüge und sonstiger Eigenschaften ist das natürlich erst recht anzuwenden. In solchen Fällen bedarf es zur Beseitigung der Ansprüche einer gewöhnlichen, dreißigjährigen Verjährung.

b) Auch **durch Parteiabrede** kann die Verjährungsfrist, entgegen dem allgemeinen Verbote des § 225, zwar nicht verkürzt, aber doch verlängert werden. Dies aber

trotz des allgemeinen Wortlautes in Abs. 1 Satz 2 jedenfalls nur bis zum Höchstbetrage der gewöhnlichen Verjährungsfrist. Die gegenteilige Annahme wäre wenig ansprechend und würde dem insoweit doch auch hier zutreffenden Grundsatz des § 225 widersprechen. Was verlängert werden kann, ist doch ferner nur die in Abs. 1 Satz 2 angeordnete besondere Verjährungsfrist: denkt man § 477 ganz weg, so bleibt noch immer das gewöhnliche Verjährungsrecht mit seiner dreißigjährigen Frist, und daß sich Satz 2 auch auf deren Ausschluß beziehen sollte, kann man schon deshalb nicht annehmen, weil das gar keinen Sinn hätte, nahezu absurd wäre. Anders trotzdem leider noch immer Planck Nr. 5, Goldmann-Lilienthal S. 505, Matthiaß S. 506. Wie hier jedoch die meisten: Crome § 222 Anm. 10 („selbstverständlich"), Fischer-Henle Nr. 8, Kisch bei Gruchot 29 357, Kober-Staudinger Nr. 3b.

Wann eine solche Abrede vorliege, ist Tatfrage; unter Umständen kann sie in Übernahme einer längeren Garantie ohne weiteres gefunden werden, Planck Nr. 5, OLG. Marienwerder bei Seuffert 58 Nr. 71 S. 134. Sie bedeutet allerdings keine unbedingte Erstreckung der Frist, hat vielmehr den Sinn, daß bei Hervortreten eines Mangels innerhalb der Garantiefrist der Anspruch von da ab in der gesetzlichen Frist solle verfolgt werden können, schiebt also eigentlich nicht die Dauer, sondern den Beginn der Fristen des § 477 hinaus. Ebenso OLG. Hamburg 14. X. 1902, Rspr. VIII S. 73. Ähnlich schon früher RG. ZS. I Bd. 37 Nr. 22 S. 79ff., auch Staub zu § 377 Anm. 152, der nur insoweit abweicht, als er unverzügliche Klaganstellung nach Entdeckung des Mangels verlangt, Wahrung der Fristen des § 477 insofern also nicht für genügend erachtet. Anders freilich OLG. Stuttgart 30. VI. 05, Recht 05 470: Die Verjährungsfrist werde geändert, indem an Stelle der Frist aus § 477 die Garantiefrist trete.

c) Keine Ausnahme bildet dagegen der beim Gattungskauf vorkommende Ersatzanspruch wegen Nichterfüllung nach § 480 Abs. 2. So mit Recht RG. 53 Nr. 50 S. 202, 56 Nr. 41 S. 169. Anders freilich Staub DJZ. 03 389 (ohne Begründung). Aber warum soll denn der in § 480 Abs. 2 auftauchende Ersatzanspruch „wegen Nichterfüllung" anders behandelt werden, als der gleichnamige in § 463, der offenbar nach § 477 Abs. 1 Satz 1 unter die kurze Verjährung fällt?

6. Inwieweit auch die **Einreden** verjähren, bestimmt § 478.

7. Auf die einzelnen, **aus der vollzogenen** Wandelung oder Minderung **entstandenen** Ansprüche bezieht sich der § 477 überhaupt nicht, sondern nur auf die Ansprüche **auf die Vollziehung** der Wandelung oder Minderung. Das ergibt deutlich der Wortlaut des Textes am Anfang. Anders die meisten Gegner der Vertragstheorie (s. Nr. 1 zu § 465 (wie hier freilich Neumann zu § 477, Nr. II und Langheineken), da sie einen Gegensatz der beiden hier unterschiedenen Ansprüche folgerecht nicht anerkennen können. Da aber § 477 von ihm ausgeht, konnte er bereits oben als Beweis gegen die Restitutionstheorie verwertet werden. S. auch Eccius aaO. S. 342.

§ 478.

Hat der Käufer den Mangel dem Verkäufer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet, bevor der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung verjährt war, so kann er auch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde. Das Gleiche gilt, wenn der Käufer vor der Vollendung der Verjährung gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer den Streit verkündet hat.

Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so bedarf es der Anzeige oder einer ihr nach Abs. 1 gleichstehenden Handlung nicht.

E. II 414[1], RB. 472. — Prot. S. 701—8, D. S. 47.

Literatur: Flechtheim, Gruchots Beitr. **44** 65ff., Dernburg, Recht **03** 137ff., Nissen, JW. **02** 565ff.

1. **Allgemeines:** Im Gegensatz zum Handelsrecht (Art. 349 Abs. 3, 350) und zu der zwar durch den Wortlaut des § 345 Teil I Titel 5 nicht gestützten, in der Praxis aber fast allgemein anerkannten Anschauung des Preußischen Rechts (Dernburg, Privatrecht II § 145 No. 16) ließ der Entwurf I mit den Gewährschaftsklagen auch die Einreden verjähren. Der Entwurf II hat dagegen die jetzige Behandlungsweise eingeführt, der gleichartige Bestimmungen für die Fälle der ungerechtfertigten Bereicherung, § 821, und der unerlaubten Handlungen, § 853, entsprechen. Erfordert wird aber zur Erhaltung der Einrede, wie im Handelsrecht, wenigstens eine Anzeige an den Verkäufer von dem Mangel vor Ablauf der Verjährungsfrist.

Der **Grund** dieser Behandlung der Einreden liegt darin, daß es der Auffassung des Lebens durchaus widersprechen würde, wenn der Käufer, der seinerseits noch gar nicht erfüllt hat, trotzdem besonders auf die Wandelung oder Minderung klagen müßte. Der Verkäufer andererseits ist, da ihm ja die Anzeige gemacht ist, durch das in § 466 verliehene Recht, den Käufer zur Erklärung aufzufordern, genügend gedeckt.

Über **die juristische Konstruktion** dieses und der verwandten Fälle (§§ 490, 821, 853) s. vorzüglich Planck I 368—9 und, wegen § 478 insbesondere, die Übersicht über die verschiedenen Ansichten bei Langheineken, Anspruch S. 240.

Sie ist schwierig und stark bestritten:

α) Flechtheim aaO. S. 79, 84, 91 sieht in der Einrede einen Anwendungsfall des Chikaneverbots aus § 226, entsprechend dem Grundsatz dolo facit qui petit quod statim redditurus sit. Ähnlich bezeichnet Schröder, Gewährleistung S. 72ff. sie als einen besonderen Fall der exceptio doli generalis. Aber einmal ist die Einrede von irgend welchen subjektiven Voraussetzungen in der Person des Käufers unabhängig, zum andern läßt sich der Grundsatz doli facit qui petit quod statim redditurus sit nur unter der — zu erklärenden — Voraussetzung heranziehen, daß der Verkäufer auch nach Verjährung des Käuferanspruchs ein redditurus sein würde.

β) Neumann (zu § 462 Nr. II, 1b) erachtet die Einrede für die Vertragstheorie nur als Anwendungsfall des Zurückbehaltungsrechtes (§ 273) für erklärlich. Auch das ist verfehlt, da die Zurückbehaltung wegen verjährter Ansprüche ihrerseits bestenfalls etwas durch den Fall des § 478 zu Beweisendes ist, ihn also nicht erklären kann, s. Bem. 2aα zu § 273.

γ) Andere halten die Wandelungseinrede für den nach dessen Verjährung übrig bleibenden residuären Rest des Wandelungsanspruchs. Aber das ist jedenfalls insoweit verfehlt, als man annimmt, daß die Einrede erst nach der Verjährung des Anspruchs anstelle dieses als sein Surrogat zu Entstehung komme (so die bei Langheineken S. 240 Anm. 2 a. A. zitierten): denn § 478 sagt mit dürren Worten, daß die Einrede auch nach der Verjährung, also keineswegs nur von da an, geltend gemacht werden könne (s. auch Hellwig, Verträge S. 294 5). Übrigens aber erklärt es nichts — denn ist eine Einrede nur auf der Grundlage eines Anspruchs erwachsen, so kann die Verjährung grundsätzlich ihr gegenüber ebensogut im Wege der Replik, wie gegenüber dem Anspruch im Wege der Einrede geltend gemacht werden. Wohl um dies Bedenken zu zerstreuen, läßt Nissen nicht nur die Einrede erhalten bleiben, sondern auch den Anspruch im übrigen, soweit das zur Herstellung der in § 478 vorgesehenen Wirkung nötig erscheint; es bleibe noch nach der Verjährung ein „partielles Wandelungsrecht", partiell, weil es sich nur zu Gunsten einer noch ausstehenden Käuferleistung betätigen könne. Aber von einer soweit gehenden Beschränkung der Verjährungswirkung enthält das Gesetz nichts.

δ) Zutreffend erscheinen allein die Erklärungen von Planck und Hellwig. Jener nimmt (aaO.) an, daß derselbe Tatbestand — die mangelhafte Verkäuferleistung — dem Käufer neben dem Anspruch ein diesem gegenüber selbständiges Einrederecht verliehen habe, das durch Verjährung des ersteren, entgegen der Regel, nicht getroffen und auch selbst, weil eben als solches kein Anspruch, nicht verjährbar sei. Hellwig (Lehrbuch S. 254, s. auch Verträge S. 295, Anspruch S. 14) versucht das tiefergehend so zu erklären, daß die Wandelungseinrede ebenso wie der Wandelungsanspruch nur Folgeerscheinungen eines umfassenderen Rechts, des „Liberationsrechts", seien.

2. **Anzeige:** Die Anzeige ist nicht eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung nach §§ 130ff. Einmal soll bereits ihre rechtzeitige Absendung genügen,

auch wenn sie erst nach Vollendung der Verjährung oder gar überhaupt nicht beim Verkäufer eingetroffen ist. Sie ist somit „richtungs=", aber nicht „empfangsbedürftig", Zitelmann, Grundriß I S. 95. Dann aber ist sie gegenüber Planck Nr. 3aa überhaupt nicht als Willenserklärung zu erachten, Kipp in der Festgabe für Koch S. 115, stellt vielmehr nur einen tatsächlichen Akt dar. Allerdings genügt wohl nicht eine allgemeine oder auch den besonderen Mangel hervorhebende, mißbilligende Äußerung, vielmehr ist nötig eine solche Äußerung, mittelst deren der Käufer erkennbar aus dem Mangel Rechte ableitet oder sich vorbehält, Dernburg aaO. S. 138. Er muß den Mangel als solchen im Sinne von § 462 angezeigt haben.

Auch in der Erhebung der Wandelungsklage kann eine den Anforderungen des § 478 genügende Mängelanzeige gefunden werden, RG. ZS. V vom 9. XI. 1904, Bd. 49 Nr. 45 S. 151, anders anscheinend Planck zu § 485 Nr. 1b („hinzu tritt . ."). Die Zurücknahme der Klage kann alsdann die Wirkung der Anzeige nicht beseitigen, aaO. S. 154.

Daß die Anzeige **sofort nach Entdeckung** des Mangels gemacht sei, wird man im allgemeinen nicht erfordern können, da das Gesetz nichts davon erwähnt (so auch Achilles zu § 478); doch kann im Unterlassen einer alsbaldigen Anzeige unter Umständen ein Verstoß gegen § 242 liegen, auch ein Verzicht auf die Mängelrüge, der nach Bem. 2b zu § 464 als einseitiger wirksam erscheint.

Die Anzeige kann zweifellos auch widerrufen werden. Aber wie sie selbst kein rechtsgeschäftlicher Akt ist, so kann auch der Widerruf nicht als bindender Verzicht erachtet werden, vielmehr steht einer neuerlichen Mängelanzeige an sich nichts im Wege, Kipp, Festgabe aaO. Anders aber natürlich dann, wenn in der Rücknahme ein Verzicht wegen der Gewährschaft zu finden ist.

3. Über den **Antrag auf Beweisaufnahme** zur Sicherung des Beweises, der der Anzeige nach Satz 2 gleichwirken soll, s. Bem. 3 zu § 477; ZPO. §§ 485ff., 488; über die **Streitverkündung** s. §§ 72ff. das.

4. **Unnötig sind die Maßnahmen der Nr. 2—3** nach Abs. 2 gegenüber einem **arglistigen Verschweigen** des Mangels durch den Verkäufer; wann das anzunehmen ist, darüber s. wieder Bem. zu § 443, auch Bem. 2 zu § 476.

5. Die **Wirkung der Anzeige** und der ihr gleichstehenden Akte (Bem. 3) ist, daß der Verkäufer mittelst Einrede die Zahlung des Kaufpreises verweigern kann, „insoweit, als er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde". Mit dieser nicht sehr klaren Formulierung scheint ausgesprochen, daß der Käufer noch immer, freilich bloß in der Defensive, Wandelung — d. h. soweit sie im vorliegenden Fall nach §§ 467ff. überhaupt noch statthaft war — oder Minderung nach seiner Wahl begehren kann; der Richter hat dann im Urteil die Klage ganz, im Fall der Minderung im Sinne von § 472 teilweise abzuweisen. — Daß im ersteren Fall der Käufer sich zugleich zur Zurückgabe der Sache bereit erklärt, ist nicht nötig (s. Planck Nr. 2a); jedoch kann der Verkäufer diese Zurückgabe nunmehr verlangen, entweder in einem besonderen Prozeß, oder, nachdem er sich mit der Wandelung einverstanden erklärt und diese dadurch zur Vollziehung gebracht hat, auch schon in demselben. Eine Klageerweiterung kann in dieser Umänderung seines Antrages nach § 268 Nr. 3 ZPO. nicht erblickt werden.

Weitergehend nehmen manche an, daß es auf die erhobene Einrede hin auch ohne Einwilligung des Verkäufers zur Wandelung komme, indem das auf sie hin klagabweisende Urteil nicht minder, wie das auf die Wandelungsklage hin verurteilende, die Wandelung zur Vollziehung bringe. S. dagegen oben Nr. 3b zu § 462. Leugnet man diese Wirkung des Urteils, so ergeben sich freilich insoweit Bedenken, als ja nunmehr der Verkäufer einerseits den Preis nicht erhält, andererseits keinen Anspruch auf Rückgewähr hat. Das Aushilfsmittel von Schröder S. 76, der ihm nunmehr einen Bereicherungsanspruch (condictio ob causam finitam) gewährt, unter Berufung auf die Kommissionsverhandlungen, ist bedenklich: denn vor der Wandelungsvollziehung besteht der Kauf noch, die causa ist also nicht finita. Andererseits ist mindestens in der Anstellung der Klage auf Rückgewähr eine Einwilligung des Verkäufers in die Wandelung zu finden, und diese muß ihm nach Eintritt der Rechtskraft des seine Klage auf den Preis abweisenden Urteils unbedingt und jederzeit freistehen. Der Käufer kann von diesem Augenblick an sein Wandelungsbegehren nicht mehr zurücknehmen (richtig Flechtheim S. 92ff., auch Planck Nr. 2a a. E.). Denn er hat durch das erwirkte

Urteil den Wandelungserfolg jedenfalls tatsächlich für sich erlangt, und es wäre eine protestatio facto contraria schlimmster Art, wenn er die zu seinen Gunsten realisierte Wandelung nicht auch zu seinen Ungunsten gegen sich gelten lassen wollte. Höchstens könnte er durch tatsächliche Leistung des Preises (mit Zinsen) an den Verkäufer vor dessen erklärtem Einverständnis in die Wandelung deren Eintritt noch verhindern.

6. Eine besondere, schwierige Frage ist die, ob der Bürge sich auf eine, dem Käufer zustehende, aber nicht zum Vollzug gebrachte Wandelungs- oder Minderungsbefugnis einredeweise berufen könne? S. darüber beachtenswert Nissen, JW. 02 460 ff., sowie unten Bem. 2 zu § 768. Dem Bürgen die volle Wandelungseinrede des § 478 zu gewähren, ist zwar nicht um deswillen bedenklich, weil sie dem Hauptschuldner vor Verjährung des Wandelungsanspruches noch nicht zustehe — so Nissen, dagegen aber oben bei 1γ —, wohl aber um deswillen, weil es ja noch nicht sicher ist, ob der Käufer seinerseits wirklich Wandelung wählen werde, und sein Bürge natürlich die Wahl nicht für ihn vollziehen kann. Dagegen scheint es unbedenklich, die Einrede aus § 478 oder eine ihr nachgebildete dem Bürgen hier als aufschiebende zu geben, dies zumal, da das Gesetz in § 770 Abs. 1 für den wesentlich gleichliegenden Fall eines dem Hauptschuldner zustehenden Anfechtungsrechtes bereits mit einer derartigen, allein sachgemäßen Lösung vorangegangen ist. Anders zu Unrecht Nissen, der infolgedessen zu dem mehr als seltsamen Aushilfsmittel eines Bereicherungsanspruches gegen den Schuldner zu greifen genötigt wird.

§ 479.

Der Anspruch auf Schadensersatz kann nach der Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn der Käufer vorher eine der im § 478 bezeichneten Handlungen vorgenommen hat. Diese Beschränkung tritt nicht ein, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.

E. II 414², RV. 473. — Prot. S. 701—8.

1. Die Bestimmung stellt eine Ausnahme vom Prinzip des § 390 dar. Nach diesem würde auch die verjährte Ersatzforderung gegen die Kaufpreisforderung dann noch aufgerechnet werden können, wenn sie vor ihrer Verjährung dieser einmal als aufrechenbare gegenüber gestanden hätte. Indes würde dadurch nach den zutreffenden Erwägungen der Kommission der Zweck der kurzen Verjährung leicht vereitelt werden, indem der Käufer noch nach langer Zeit mit seinen Ersatzansprüchen hervortreten könnte.

2. Gestattet § 479 unter den Voraussetzungen des Textes die Aufrechnung gegenüber allen Forderungen des Verkäufers, oder nur gegenüber denjenigen aus demselben Kaufvertrage, d. h. gegenüber dem Anspruch auf den Kaufpreis? Für die erste, weitere Auslegung, Staub zu § 377 Anm. 118, Marcus, Recht 05 40; für die engere die Meisten, so Makower, HGB. zu § 377 S. 1221, Planck Nr. 1, besonders aber RG. Z. S. II vom 27. XI. 1903, Bd. 56 Nr. 41 S. 167 ff. und OLG. Hamburg vom 4. II. 1903 in Rspr. VIII S. 73. Die engere Auslegung hat den Wortlaut entschieden gegen sich; sie wird auch durch innere Gründe nicht gerechtfertigt. Durch die Berufung auf die Entstehungsgeschichte (besonders die Denkschr. S. 64) erscheint sie nicht genügend gerechtfertigt, da diese nicht zur Korrektur eines an sich zweifelsfreien Textes führen darf.

Aber auch nach dieser Auffassung ist anzunehmen, daß nach Vornahme der in § 478 bezeichneten Handlungen der Käufer den Ersatzanspruch nicht **schlechthin**, sondern nur **unter den Voraussetzungen des § 390 zur Aufrechnung verwenden kann**, denn § 479 will die Aufrechenbarkeit gegenüber der allgemeinen Regel offenbar nur beschränken, nicht unter gewissen Voraussetzungen erweitern. Also nur Aufrechnung gegenüber solchen Forderungen, denen der Ersatzanspruch vor seiner Verjährung bereits aufrechenbar gegenüber gestanden hatte!

3. Zweifelhaft ist, ob das in § 478 für den Ersatzanspruch Bestimmte entsprechend auch auf andere Gewährschaftsansprüche anzuwenden sei, s. dazu Planck Nr. 2 und dort Zitierte. So z. B. auf den Rückzahlungsanspruch aus der Wandelung. Nach der Vertragstheorie ist die Frage zu verneinen, denn der Wandelungsanspruch selbst

ist ein Anspruch auf Einwilligung, nicht auf Rückgewähr; der aus der vollzogenen Wandelung entspringende Rückgewähranspruch aber unterliegt nicht der kurzen Verjährung.

4. Über das, auch hier eine Ausnahme begründende, **arglistige Verschweigen** des Mangels s. wieder Bem. zu § 443 und § 476.

§ 480.

Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandelung oder der Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. Auf diesen Anspruch finden die für die Wandelung geltenden Vorschriften der §§ 464 bis 466, des § 467 Satz 1 und der §§ 469, 470, 474 bis 479 entsprechende Anwendung.

Fehlt der Sache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, eine zugesicherte Eigenschaft oder hat der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Käufer statt der Wandelung, der Minderung oder der Lieferung einer mangelfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

E. I 398, E. II 415, RV. 474. — Mot. S. 241—3, Prot. VII S. 181—2, S. 711—8, D. S. 97—8.

Literatur: Kiehl in Gruchots Beiträgen Bd. 42 S. 591 ff.

1. **Bisheriges Recht:** Ob auch beim Gattungskauf wegen Mangelhaftigkeit des gelieferten Stückes die ädilizischen Rechtsmittel anwendbar seien, oder ob in der Lieferung einer nicht tadellosen Sache überhaupt noch keine Erfüllung liege, so daß noch auf diese geklagt werden müsse, war bekanntlich eine berühmte Streitfrage des Gemeinen Rechts. Für jene Meinung namentlich Goldschmidt, ZHR. 19 98 ff. und Dernburg, Pand. II § 101 Nr. 3; dagegen Thöl, Handelsrecht I § 275 No. 17 und Windscheid II § 394 Nr. 5. Der bejahenden Ansicht huldigte vorwiegend die Praxis, namentlich das Reichsoberhandelsgericht (s. Goldschmidt aaO.) und das Reichsgericht (Entsch. Bd. 6 Nr. 53 S. 190 und Bd. 12 Nr. 19 S. 84), sie erschien auch für das moderne Recht als die richtigere, wennschon ihre Erweislichkeit aus den Quellen des Römischen Rechts, das einen Gattungskauf kaum gekannt zu haben scheint, recht unsicher ist. Zweifelhaft war dabei, ob die ädilizischen Rechtsmittel allein, oder neben ihnen auch die Erfüllungsklage am Platze seien; meist nahm man ersteres an.

Die gemeinrechtliche Streitfrage kehrte wieder für das Preußische (s. Dernburg, Privatrecht II § 145 a. E.) und Französische Recht. Dagegen hat das SächsGB. sie positiv in bejahendem Sinne entschieden, §§ 900, 909.

2. **Standpunkt des BGB.:** Das neue Recht (s. darüber auch Mot. S. 241—2) stellt sich einmal auf den Standpunkt einer Statthaftigkeit der Gewährschaftsansprüche, läßt sie aber nicht mit Goldschmidt, Hanausek und andern nur anstatt, sondern wahlweise neben dem Erfüllungsanspruch auf Lieferung eines mangelfreien Exemplars zu: „Der Käufer . . . kann statt der Wandelung oder der Minderung verlangen . . .“ Er kann also die Sachlage so behandeln, daß durch die, wennschon mangelhafte, Lieferung eine Konzentration des nur der Gattung nach bestimmten Geschäftes auf die gelieferte Spezies eingetreten sei, er sonach dieselben Rechte habe, wie bei einem schon anfänglichen Spezieskauf. Er kann sich aber nicht minder auf den Standpunkt stellen, daß der Verkäufer seiner Pflicht zur Lieferung eines Stückes aus der Gattung noch gar nicht genügt habe. Denn im Gegensatz zum Spezieskauf ist anzunehmen, daß der Gattungsverkauf den Verkäufer zur Lieferung eines vertragsmäßigen Stückes verpflichte. Das ist zwar neuestens von Schollmeyer, Iherings Jahrb. 49 99 ff. in scharfsinniger Ausführung bestritten worden, und ihm kann zugegeben werden, daß § 243 Abs. 1 nichts zu Gunsten des hier eingenommenen Standpunktes ergibt (anders Aufl. 1). Denn mit der „mittleren Art und Güte“ des gelieferten Stückes, auf die

der Käufer danach Anspruch hat, ist seine Fehlerlosigkeit noch keineswegs ohne weiteres gegeben, weil damit nur anbefohlen ist, unter den verschiedenen Sorten, Preislagen, Gruppen usw. aus der Gattung eine mittlere zu wählen. Wohl aber ergibt sich die herrschende Lehre aus dem in Satz 1 gewährten Anspruch auf Nachlieferung. Daß dieser neben dem auf Wandelung gewährt ist, macht nichts aus; es wird eben dem Belieben des Käufers anheimgestellt, ob er das Stück als mangelhafte Leistung anerkennt, oder überhaupt nicht als Leistung. Bedenklich ist nur die kurze Verjährung auch des Nachlieferungsanspruches, die sich aus der entsprechenden Anwendung des § 477 ergibt. Aber auch sie erklärt sich ausreichend dadurch, daß es dem Käufer nicht füglich erlaubt sein darf, den Verkäufer über seine Entscheidung ungebührlich lange in Unklarheit zu lassen; sie kann als Korrelat zu der ihm zugebilligten Wahlmöglichkeit erscheinen — ohne sie stände der Lieferungsanspruch ja nicht nur wahlweise neben, sondern zugleich als immer noch verbleibende Aushilfe hinter den Gewährleistungsansprüchen. Wie hier G. Rümelin, Dienst- und Werkvertrag S. 78.

Den hier verfochtenen Standpunkt hat auch anscheinend — allerdings nicht mit der wünschenswerten Bestimmtheit — das Reichsgericht wiederholt zu dem seinen gemacht, s. Bd. 47 S. 135, Bd. 52 Nr. 92 S. 352ff. und Bd 53 Nr. 24 S. 91.

S. auch Kiehl aaO. S. 607, der, m. E. mit Unrecht, im Nachlieferungsanspruch einen Widerspruch zum Konzentrationsprinzip aus § 243 Abs. 2 findet. Aber von dem hier vertretenen Standpunkt aus hat der Verkäufer mit Lieferung des mangelhaften Stückes noch nicht das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan.

Aus dem hier Gesagten ergibt sich, daß der Käufer das ihm angebotene mangelhafte Stück auch von vornherein zurückweisen und, wenn der Verkäufer daraufhin nicht rechtzeitig ein anderes liefert, die Folgen des Verzuges, § 326, gegen ihn geltend machen kann, so auch RG. 8. III. 1904, Recht 04 221, und 4. XI. 1904, Seuffert 60 Nr. 185 S. 347. Dagegen folgt nicht daraus, daß er, wenn er es annimmt, den Verkäufer auf Nachbesserung oder auf Schadensersatz wegen (teilweiser) Nichterfüllung in Anspruch nehmen könne. Denn das Gesetz gibt ihm nur die Wahl zwischen den zwei Alternativen: entweder er behandelt das Stück als nicht vertragsgemäß — dann darf er es nicht annehmen oder muß es zurückgeben; es ist rechtlich so, wie wenn der Verkäufer überhaupt noch nicht geliefert hätte. Oder er behandelt es als vertragliche Leistung: dann ist er nach dem unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes auf die Gewährschaftsansprüche beschränkt. Nur ganz oder gar nicht kann der Käufer das Gelieferte als Erfüllung behandeln. Gewährte man ihm darüber hinaus wegen des Mangels allgemein einen Ersatzanspruch wegen (teilweiser) Nichterfüllung, so stände das auch in unversöhnlichem Widerspruch zu Abs 2, der diesen nur unter besonderen Voraussetzungen anerkennt. Nicht aber ist nach dem hier Gesagten ein solcher Widerspruch vorhanden — denn danach steht ohne weiteres dem Käufer nur dann ein Ersatzanspruch zu, wenn ihm die nachgeforderte mangelfreie Sache nicht gewährt wird, während Abs 2 von der davon ganz verschiedenen Frage handelt, wie weit er trotz Behaltens der mangelhaften Ersatz begehren könne.

Nur die hier vertretene Lehre bietet auch eine Handhabe, den Verkäufer beim Gattungskauf wegen sogen. **positiver Vertragsverletzungen** (s. oben Nr. 5 zu § 276) in Anspruch zu nehmen, da ohne sie die Lieferung des fehlerhaften Stückes ja eben keine Vertragswidrigkeit wäre. Eine solche Haftung aber wird von den Bedürfnissen der Praxis dringend gefordert und von ihr auch anerkannt, s. den lehrreichen Fall des RG. Bd. 53 Nr. 24 S. 89ff. (ZS. II, 27. XI. 1902). Der Käufer hatte den gelieferten schlechten Kleesamen mit eigenem vermischt und forderte jetzt Ersatz auch für seinen vermengten eigenen Samenbestand. Das hat das RG. mit Recht zugestanden.

Wählt der Käufer die erstere Behandlung, so ist er nicht schlechthin auf die ädilizischen Rechtsmittel beschränkt, er hat vielmehr dieselben Rechte wie ein Spezieskäufer, also

a) allgemein Ansprüche auf Wandelung oder Minderung;

b) bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft oder bei arglistigem Verschweigen eines Mangels durch den Verkäufer kann er statt dessen Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen — im Sinne von § 463. Eine Besonderheit liegt nur darin, daß der Fehler nicht, wie nach § 463, zur Zeit des Kaufabschlusses, sondern zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden sein muß. Welcher Zeitpunkt das ist, ergibt sich aus §§ 446—7, s. Bem. dazu. Diese Änderung ist durch die Erwägung bestimmt, daß beim Gattungskauf zur Zeit des Vertrages noch gar kein als mangelhaft zu

bezeichnender Vertragsgegenstand vorhanden war. In diesen Fällen hat der Käufer also ein vierfaches Wahlrecht: auf Wandelung, Minderung, Schadensersatz, Lieferung einer anderen Sache.

Die Auswahl zwischen den verschiedenen Gerechtsamen steht allein dem Käufer zu; der Verkäufer kann nicht die eben erwähnten Ansprüche zurückschlagen durch Lieferung eines anderen mangelfreien Exemplars, s. Prot. S. 715. Anders nur bei einer natürlich statthaften gegenteiligen Abrede (s. OLG. Dresden bei Seuffert 60 Nr. 144 S. 271 ff.) sowie in den, wohl nicht häufigen, Fällen, wo in der Zurückweisung dieses Angebots eine Schikane des Käufers im Sinne von §§ 226, 242 gefunden werden kann. Auch mögen die Erwägungen, wie bei § 462 Nr 5, hier entsprechend verwendbar sein.

Verfügt der Käufer trotz Umtauschbefugnis des Verkäufers über das empfangene Stück, so kann er fortan wie nicht mehr wandeln, so auch nicht mindern, da ihm unmöglich gestattet werden kann, die dem Verkäufer aus jener erwachsene Einrede durch Unmöglichmachung des Umtausches zu entziehen. Der Mangel ist alsdann vielmehr als geheilt zu erachten.

3. **Insbesondere über den Nachlieferungsanspruch:**

a) Ihn kann der Käufer statt der Gewährleistungsansprüche sofort geltend machen; er braucht keineswegs zuerst Einwilligung des Verkäufers in die Nachlieferung zu erzwingen. Diese anscheinend selbstverständliche These ist nur um deswillen nicht ganz zweifelsfrei, weil auch auf den Nachlieferungsanspruch nach Abs. 1 Satz 2 der § 465 entsprechend anwendbar sein soll, dieser aber nach der herrschenden Vertragstheorie (s. Bem. 1 zu § 465) dem Käufer zunächst nur einen Anspruch auf Einwilligung des Verkäufers gewährt. Aber dies Bedenken — das man vielfach zur Diskreditierung der Vertragstheorie zu verwenden sucht — wird dadurch zerstreut, daß die Anwendung des § 465 hier nur eine „entsprechende" ist, eine wirkliche wäre nicht nur sinnwidrig, sondern auch mit Satz 1 unvereinbar, der dem Käufer einen direkten, unvermittelten Anspruch auf Nachlieferung mit dürren Worten gewährt. Soweit bedeutet die entsprechende Anwendung des § 465 offenbar nur die Feststellung des für die Konzentration maßgebenden Zeitpunktes. Dieser Zeitpunkt bestimmt sich gemäß § 465 durch die Vollziehung der Nachlieferung, d. h. durch die Erfüllung der dem Verkäufer obliegenden Pflicht dazu, also durch die tatsächliche Nachlieferung, und keineswegs, wie Planck Nr. 3b (auch meine Aufl. 1 Nr. 3 Abs. 2) will, durch die Einwilligung des Verkäufers. Denn, anders als bei der Wandelung, ist er nicht zu dieser, sondern direkt zur Nachlieferung nach dem Gesetz verpflichtet; in dem entsprechend angewendeten § 465 muß das Wort „einverstanden erklärt", weil nur auf eine beim Nachlieferungsanspruch nicht vorfindliche besondere Gestaltung zugeschnitten, ausgemerzt werden.

b) Der entstandene Nachlieferungsanspruch regelt sich im allgemeinen nach den gewöhnlichen Regeln des Schuldrechts; insbesondere ist danach zu beurteilen, ob und von welchem Momente ab der Schuldner durch nicht rechtzeitige Lieferung eines mangelfreien Exemplars in Verzug gekommen ist, welches die Folgen eines solchen sind usw.

Außerdem werden aber auch im Texte unseres Paragraphen auf diesen Anspruch die meisten Bestimmungen der vorhergehenden für anwendbar erklärt, es gilt also insbesondere für ihn folgendes (wegen § 465 s. schon oben a):

Der Käufer verliert den Anspruch durch vorbehaltlose Annahme der Sache (§ 464), der Verkäufer kann ihm eine Erklärungsfrist bestellen, ob er Nachlieferung verlangt (§ 466), und zwar auch in Verbindung mit einer gleichzeitig gestellten Frist wegen der Wandelung; der Käufer muß das empfangene Stück zurückgeben, und sein Anspruch auf Nachlieferung wird, gleichwie der auf Wandelung, gemäß der über das Rücktrittsrecht geltenden Bestimmungen ausgeschlossen (§ 467), also z. B. in der Regel bei Verarbeitung oder bei schuldhafter Vernichtung des anfänglich gelieferten, mangelhaften Stückes Bei Mängeln nur einer von mehreren verkauften Sachen gilt das oben zu §§ 469/70 Gesagte. Bei Mehrheit der Beteiligten können ausschließlich alle auf Nachlieferung klagen oder verklagt werden; wählt auch nur einer die Minderung, so ist das Recht auf Nachlieferung für alle ausgeschlossen (§ 474 Abs. 2. Abs. 1 daselbst ist, weil keine „für die Wandelung geltende Vorschrift", auf unseren Anspruch unanwendbar, so auch Planck Nr. 3g; damit erledigt sich die von Meikel, Recht 03 72 vermutete Antinomie). Ist früher wegen eines Mangels gemindert, so kann wegen eines neu entdeckten Nachlieferung verlangt werden (§ 475); natürlich muß aber hier der Käufer das durch die Minderung Erzielte dem Verkäufer wiedererstatten. Die vertragsmäßige

Ausschließung des Rechtes auf Nachlieferung ist grundsätzlich statthaft, aber gegenüber einem arglistigen Verschweigen des Verkäufers unwirksam (§ 476). Die Verjährung ist dieselbe wie bei der Wandelung nach § 477/8, sowohl was die Voraussetzungen wie die Wirkungen anlangt. § 478 hat hier den Sinn, daß der die Anzeige rechtzeitig absendende oder einem arglistigen Verschweigen des Verkäufers gegenüber befindliche Käufer die Zahlung des Preises bis zur Nachlieferung einer fehlerfreien Sache verweigern kann. — Den § 479 dagegen auf unseren Anspruch „entsprechend" anzuwenden, scheint mir mit Planck Nr. 3i und Kipp S. 664 nicht möglich. Die Verweisung auf ihn ist wohl ein Redaktionsfehler.

Vorbemerkung zu §§ 481—92.

Literatur: Dieckerhoff, Gerichtliche Tierarzneikunde, Aufl. 3, 1902; Gotthardt in Bl. f. RA. 65 41ff.; Hirsch, Gewährleistung beim Viehhandel, 1902; Krückmann, Anfechtung, Wandelung und Schadensersatz beim Viehkauf, 1904; Meisner, Viehgewährschaft, 1900; Schneider, Rechtsregeln des Viehhandels, 1899; Stölzle, Viehkauf, Aufl. 3, 1904; Stoll, Viehhandel nach BGB.

1. Das Römische Recht und der Code behandelten die Mängel bei Haustieren nicht anders wie diejenigen bei sonstigen Objekten; dagegen entspricht es einer eigentümlichen Tendenz des deutschen Rechtes (s. die Angaben bei Lehmann-Stobbe III S 307ff.), daß bei ihnen der Verkäufer einmal nur für gewisse gesetzlich bezeichnete wesentliche Fehler („Hauptmängel") haftet, und auch für diese nur, wenn sie sich innerhalb bestimmter kürzerer Fristen nach der Übergabe zeigen, während andererseits vermutet wird, daß die inzwischen offenbar gewordenen Mängel schon zur Zeit des Verkaufes vorhanden waren. Dabei wird für offenbare Mängel überhaupt nicht („Augen für Geld"), und auch für heimliche nur mit dem Wandelungs-, nicht mit dem Minderungsanspruch gehaftet.

Dieser germanischen Rechtsanschauung folgte in vollem Umfange das SächsGB. §§ 924—9, zum großen Teil auch das Preußische Landrecht. Es hatte zwar nicht die Beschränkung der Haftung auf die Hauptmängel, aber wohl die erwähnten kurzen Fristen und die Präsumtionen, s. I, 11, §§ 199ff., dazu Dernburg Privatrecht II § 147 Nr. 2.

Der erste Entwurf des BGB. übernahm durchweg das deutsch-rechtliche System, und daran hat auch der zweite trotz vieler gegenteiliger Stimmen namentlich aus tierärztlichen Kreisen festgehalten, s. Prot. aaO., Denkschrift S. 99. Ebenso das Gesetzbuch selbst, wie sich aus den folgenden Einzelbestimmungen ergeben wird.

Zu beachten ist:

a) daß es sich dabei gegenüber den allgemeinen Gewährschaftsprinzipien um ein **Sonderrecht** handelt, das nicht auf andere hier nicht speziell aufgeführte Tierarten ausgedehnt werden darf;

b) daß einer vertragsmäßigen Übernahme strengerer Haftung nichts im Wege steht, s. dazu Prot. S. 732ff.;

c) daß, soweit die folgenden §§ 481—92 nichts besonderes bestimmen, subsidiär das allgemeine Gewährschaftsrecht auch für die in § 481 genannten Tierarten gilt.

S. dazu HGB. § 382, wonach das Sonderrecht auch für Handelssachen gilt.

§ 481.

Für den Verkauf von Pferden, Eseln, Mauleseln und Maultieren, von Rindvieh, Schafen und Schweinen gelten die Vorschriften der §§ 459 bis 467, 469 bis 480 nur insoweit, als sich nicht aus den §§ 482 bis 492 ein anderes ergibt.

E. I 399, E. II 416, RB. 475. — Mot. S. 243—51, Prot. S. 718—27, D. S. 98—100.

S. Vorbemerkung. Zu den hier nicht genannten, also unter die allgemeinen Regeln fallenden Haustieren, gehören insbesondere Hunde, Katzen, Ziegen, Kaninchen, Sing- und andere Vögel, ferner fallen alle wilden Tiere nicht unter das Sonderrecht.

§ 482.

Der Verkäufer hat nur bestimmte Fehler (Hauptmängel) und diese nur dann zu vertreten, wenn sie sich innerhalb bestimmter Fristen (Gewährfristen) zeigen.

Die Hauptmängel und die Gewährfristen werden durch eine mit Zustimmung des Bundesrats zu erlassende Kaiserliche Verordnung bestimmt. Die Bestimmung kann auf demselben Wege ergänzt und abgeändert werden.

E I 400, E. II 417, RV. 476. — Mot. S. 251—4, Prot. S. 727—9, D. S. 101.

1. **Prinzip:**

a) Die Haftung des Verkäufers beschränkt sich auf die Hauptmängel, deren Kreis auf Grund von Abs. 2 durch eine kaiserliche Verordnung bestimmt worden ist, s. unten Nr. 5. Durch eine derartige Feststellung der zu vertretenden Mängel wird ein variables Moment in den Inhalt der Haftung für Tiermängel getragen; es wird möglich, an Stelle der nur sehr schwierig zu ändernden Festlegung im Gesetze jederzeit den wandelnden Bedürfnissen und den Fortschritten der tierärztlichen Wissenschaft zu folgen. Für diese bestimmten Mängel aber haftet der Verkäufer ohne weiteres, ohne daß es eines besonderen Nachweises bedarf, ob sie Wert oder Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche mindern oder nicht. Es wird hier eine unwiderlegliche Rechtsvermutung dafür geschaffen, daß Mängel, die objektiv unter die Hauptmängel fallen, auch im Einzelfall eine derartige Wirkung haben.

b) Außerdem müssen sich die Hauptmängel, um eine Haftung zu begründen, innerhalb bestimmter Gewährfristen zeigen. Auch sie sind vom Gesetze aus ähnlichen Gründen, wie zu a), nicht fixiert, sondern gleichfalls durch die erwähnte und unter 5 abgedruckte Kaiserliche Verordnung festgesetzt.

Ihrer rechtlichen Bedeutung nach sind die Gewährfristen keine Verjährungs-, sondern gesetzliche Ausschlußfristen. Ihr Ablauf muß daher auch von Amts wegen berücksichtigt werden, Meisner S. 26.

2. **Erweiterungen der Haftung:** Für andere als die Hauptmängel haftet der Verkäufer, wenn er dafür aufzukommen, besonders versprochen hat, § 492. Dagegen ist bei Fehlen einer dahingehenden Abrede eine Erweiterung der Haftung für die dem Verkäufer bekannten oder von ihm gar arglistig verschwiegenen, nicht unter § 482 fallenden Mängel nicht anzunehmen, denn es fehlt dafür an einer besonderen gesetzlichen Bestimmung. Jedoch kann der Verkäufer sich in solchem Fall gemäß § 823 dem Käufer unter Umständen aus einer darin zu findenden unerlaubten Handlung verantwortlich machen, z. B. wenn das kranke Tier den Bestand des Käufers infiziert. Nicht minder ist eine Anfechtung des Kaufes wegen Irrtums oder Täuschung gemäß der allgemeinen Regeln, § 119 ff., möglich. Wie hier die allgemeine Anschauung, s. Planck Nr. 2, Kober-Staudinger Nr. 5b, OLG. Augsburg in Rspr. VIII S. 74.

3. **Beseitigung oder Ermäßigung der Haftung:** Die Haftung des Verkäufers tritt überhaupt nicht ein, wenn sie ihm vertragsmäßig erlassen ist; nur einem arglistigen Verschweigen wird entsprechend dem auch hier anzuwendenden § 476 dadurch kein Freibrief gewährt, s. auch Bem. 1a zu § 486.

Ferner erlischt die Haftung bei Kennen oder Kennenmüssen des Käufers oder vorbehaltloser Annahme der Sache durch ihn, §§ 460, 464; nur bei arglistigem Verschweigen oder Garantieübernahme des Verkäufers schadet das bloße Kennenmüssen nichts. Daß die angeführten Vorschriften auch hier Anwendung finden, ergibt sich aus ihrer Vereinbarkeit mit dem Sonderrecht der §§ 481 ff. und der Erwägung, daß der Käufer unter den erwähnten Voraussetzungen selbst gezeigt hat, daß er auf den Mangel kein Gewicht lege. So auch Mot. S. 252.

4. **Der maßgebende Zeitpunkt** ist auch hier, wie nach § 459, der Moment des Überganges der Gefahr auf den Käufer. Von da ab läuft auch die Gewährfrist, § 483.

5. **Kaiserliche Verordnung** vom 27. März 1899 (s. RGBl. 1899 Nr. 13).

§ 1.

Für den Verkauf von Nutz- und Zuchttieren gelten als Hauptmängel:

I. bei Pferden, Eseln, Mauleseln und Maultieren:

1. Rotz (Wurm) mit einer Gewährfrist von vierzehn Tagen;

2. Dummkoller (Koller, Dummsein) mit einer Gewährfrist von vierzehn Tagen; als Dummkoller ist anzusehen die allmählich oder infolge der akuten Gehirnwassersucht entstandene, unheilbare Krankheit des Gehirns, bei der das Bewußtsein des Pferdes herabgesetzt ist;

3. Dämpfigkeit (Dampf, Hartschlägigkeit, Bauchschlägigkeit) mit einer Gewährfrist von vierzehn Tagen; als Dämpfigkeit ist anzusehen die Atembeschwerde, die durch einen chronischen, unheilbaren Krankheitszustand der Lungen oder des Herzens bewirkt wird;

4. Kehlkopfpfeifen (Pfeiferdampf, Hartschnaufigkeit, Rohren) mit einer Gewährfrist von vierzehn Tagen; als Kehlkopfpfeifen ist anzusehen die durch einen chronischen und unheilbaren Krankheitszustand des Kehlkopfs oder der Luftröhre verursachte und durch ein hörbares Geräusch gekennzeichnete Atemstörung;

5. periodische Augenentzündung (innere Augenentzündung, Mondblindheit) mit einer Gewährfrist von vierzehn Tagen; als periodische Augenentzündung ist anzusehen die auf inneren Einwirkungen beruhende, entzündliche Veränderung an den inneren Organen des Auges;

6. Koppen (Krippensetzen, Aufsetzen, Freikoppen, Luftschnappen, Windschnappen) mit einer Gewährfrist von vierzehn Tagen;

II. bei Rindvieh:

1. tuberkulöse Erkrankung, sofern infolge dieser Erkrankung eine allgemeine Beeinträchtigung des Nährzustandes des Tieres herbeigeführt ist, mit einer Gewährfrist von vierzehn Tagen;

2. Lungenseuche mit einer Gewährfrist von achtundzwanzig Tagen;

III. bei Schafen:

Räude mit einer Gewährfrist von vierzehn Tagen;

IV. bei Schweinen:

1. Rotlauf mit einer Gewährfrist von drei Tagen;

2. Schweineseuche (einschließlich Schweinepest) mit einer Gewährfrist von zehn Tagen.

§ 2.

Für den Verkauf solcher Tiere, die alsbald geschlachtet werden sollen und bestimmt sind, als Nahrungsmittel für Menschen zu dienen (Schlachttiere), gelten als Hauptmängel:

I. bei Pferden, Eseln, Mauleseln und Maultieren:

Rotz (Wurm) mit einer Gewährfrist von vierzehn Tagen;

II. bei Rindvieh:

tuberkulöse Erkrankung, sofern infolge dieser Erkrankung mehr als die Hälfte des Schlachtgewichts nicht oder nur unter Beschränkungen als Nahrungsmittel für Menschen geeignet ist, mit einer Gewährfrist von vierzehn Tagen;

III. bei Schafen:

allgemeine Wassersucht mit einer Gewährfrist von vierzehn Tagen; als allgemeine Wassersucht ist anzusehen der durch eine innere Erkrankung oder durch ungenügende Ernährung herbeigeführte wassersüchtige Zustand des Fleisches;

IV. bei Schweinen:

1. tuberkulöse Erkrankung unter der in der Nr. II bezeichneten Voraussetzung mit einer Gewährfrist von vierzehn Tagen;
2. Trichinen mit einer Gewährfrist von vierzehn Tagen;
3. Finnen mit einer Gewährfrist von vierzehn Tagen.

Eine nähere Erläuterung der Verordnung ist hier nicht am Platze. Zu bemerken ist nur, daß die in deren beiden Paragraphen zu Grunde gelegte Unterscheidung von Nutz- (§ 1) und Schlachtvieh (§ 2) angesichts der allgemeinen Fassung des § 482 Abs 2 Satz 1 rechtlich unbedenklich erscheint, Planck Nr. 3 Abs. 2. Es fragt sich, wie beide Klassen abzugrenzen seien. Die Antwort wird lauten, daß nur solche Tiere als Schlachtvieh zu erachten sind, die alsbald, d. h. ohne Dazwischentreten eines anderen im Sinne des Vertrages wesentlichen Verwendungszweckes, zur Verwendung als Nahrungsmittel für Menschen (s. den Text des § 2) bestimmt sind. Daß gerade der Käufer selbst das Schlachten besorgen müsse, ist weder durch den Text noch durch den Sinn des § 2 erfordert; auch solches Vieh wäre Schlachtvieh, das z. B. gelegentlich der Fleischnot eine Viehzentrale zusammenkauft, um es den einzelnen Schlächtern zum Schlachten ihrerseits abzulassen. Das Vorhandensein der Eigenschaft als Schlachtvieh muß m. E. der beweisen, der daraus eine Minderung seiner Pflichten oder Mehrung seiner Rechte ableitet. Anders Planck aaO. Aber was soll mit den Fällen werden, in denen der eine oder andere Verwendungszweck nicht nachweisbar ist? Nach § 482 ist die Haftung auch alsdann beschränkt, wenn also die Verordnung auf sie nicht zuträfe, ließe sich ihretwegen überhaupt keine Haftung begründen — ein unmögliches Ergebnis. M. E. liegt es daher und aus inneren Gründen am nächsten, § 2 als bloße Ausnahme von § 1 zu erachten.

§ 483.

Die Gewährfrist beginnt mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Gefahr auf den Käufer übergeht.

E. I 401, E. II 418, RV. 477. — Mot. S. 254, Prot. S. 735—9.

Da der Zeitpunkt des Gefahrüberganges auch hier, entsprechend dem Falle des § 459, für die Haftung entscheidend ist, so kann auch erst von hier ab sinngemäß die Gewährfrist laufen. Und zwar erst vom Ablauf des fraglichen Tages, entsprechend dem allgemeinen § 187 Abs. 1. Ueber die Beendigung der Frist s. § 188 (Ablauf des letzten Tages).

Wann der Gefahrübergang eintritt, ergibt sich aus §§ 446—7.

§ 484.

Zeigt sich ein Hauptmangel innerhalb der Gewährfrist, so wird vermutet, daß der Mangel schon zu der Zeit vorhanden gewesen sei, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist.

E. I 402[1], E. II 419, RV. 478. — Mot. S. 254, Prot. S. 735—9, D. S. 101.

Die Bestimmung enthält das notwendige Korrelat zu der Beschränkung der verkäuferischen Haftung. Es handelt sich hier aber, im Gegensatz zur sonstigen Bedeutung der Gewährfristen, nur um eine einfache Rechtsvermutung, die durch Gegenbeweis auf Grund freier Würdigung des Falles jederzeit widerlegbar ist, ZPO. § 292.

Der Zeitpunkt des Gefahrüberganges ergibt sich aus §§ 446—7.

§ 485.

Der Käufer verliert die ihm wegen des Mangels zustehenden Rechte, wenn er nicht spätestens zwei Tage nach dem Ablaufe der Gewährfrist oder, falls das Tier vor dem Ablaufe der Frist getötet worden oder sonst verendet ist, nach dem Tode des Tieres den Mangel dem Verkäufer anzeigt oder die Anzeige an ihn absendet oder wegen des Mangels Klage gegen den Verkäufer erhebt oder diesem den Streit verkündet oder gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt. Der Rechtsverlust tritt nicht ein, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.

E. I 402[2], E. II 420, RV. 479. — Mot. S. 254—6, Prot. S. 739, D. S. 102.

Nach dem Landrecht (I, 11, § 200) und dem ersten Entwurf sollte nur die Erhaltung der Vermutung des § 484 von der alsbaldigen Anzeige des Käufers abhängig gemacht werden. Dagegen läßt der Entwurf II und mit ihm das Gesetz die gesamten dem Käufer wegen des Fehlers zustehenden Gerechtsame durch eine solche bedingt sein. Der Grund ist nach den Prot. aaO. der, daß dadurch unsichere Prozesse vermieden werden sollen.

Die Untersuchung und Anzeige müssen hier, anders als nach dem HGB., Art. 347, aber analog wie nach § 478 BGB., nicht sofort erfolgen, was in den meisten Fällen nach der Natur der Sache und der Art der meisten Hauptmängel ganz untunlich wäre (Mot. S. 256). Es genügt vielmehr ihre Veranstaltung innerhalb der Gewährleistungsfrist, zu der noch ein Zuschlag von zwei Tagen hinzutritt, oder innerhalb zweier Tage nach dem vor Ablauf der Frist erfolgten Tode des Tieres.

2. Der erfolgten Anzeige steht auch hier, wie nach § 478, ihre Absendung gleich, nicht minder der Antrag auf Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises oder die Streitverkündung — alles dies im Sinne des zitierten § 478, s. Bem. dazu. Die Anzeige muß aber — s. richtig Meißner S. 35 — durch ein verkehrsübliches Vermittelungsorgan erfolgen. Seltsam ist aber Meißners Behauptung, daß ein Dienstmann als solches nicht anzusehen sei; m. E. würde die Verwendung dieses verhältnismäßig kostspieligen Organs vielfach gerade von besonderer Sorgsamkeit zeugen.

Daß auch die Klageerhebung gegen den Verkäufer, sofern sie gerade wegen des fraglichen Mangels erfolgt, dem Käufer seine Rechte erhält, ist eigentlich selbstverständlich; sie wird aber naturgemäß in derartigen Fällen praktisch nur ausnahmsweise in Betracht kommen.

3. Bei **arglistigem Verschweigen** des Verkäufers — s. darüber § 443 und Bem. dazu — bedarf es der Maßnahmen unseres Paragraphen nicht.

4. Über den **Beginn und das Ende der zweitägigen Nachfrist** gelten die Sätze der §§ 187—8.

5. **Beweis:** Der Verkäufer muß den Ablauf der Frist beweisen; der Käufer kann sich demgegenüber seine Rechte nur erhalten durch den Beweis, daß entweder er die

Schritte des § 487 rechtzeitig unternommen oder der Verkäufer den fraglichen Mangel arglistig verschwiegen hat.

§ 486.

Die Gewährfrist kann durch Vertrag verlängert oder abgekürzt werden. Die vereinbarte Frist tritt an die Stelle der gesetzlichen Frist.

E. I 410, E. II 421, RV. 480. — Mot. S. 263—4, Prot. S. 748.

1. Auch gegenüber den Gewährfristen bei Tiermängeln ist das Prinzip der Vertragsfreiheit trotz der erheblichen dagegen sprechenden Bedenken beibehalten worden, sodaß die Frist durch Vertrag sowohl verlängert wie abgekürzt werden kann. Ob die Gewährfrist aber auch völlig ausgeschlossen werden könne, ist zweifelhaft, dagegen die meisten, so Kober-Staudinger Nr. 5, Meißner S. 37, Planck Nr. 3, anders Schneider S. 128. Es wird auf den Sinn der Abmachung ankommen:

a) Vielleicht bedeutet sie eine Abschwächung der Haftung des Verkäufers, indem die Frist, in der sich die Mängel nach dem Gefahrübergang (§ 483) zeigen müssen, um vertretbar zu sein, auf Null herabgesetzt wird. Das ist m. E. wirksam. Daß § 486 nur die Kürzung als möglich erwähnt, bildet schwerlich ein genügendes argumentum a contrario. Auch aus §§ 482 Abs. 1 und 490 Abs. 1 Satz 1 läßt sich nichts folgern, da der kategorische Wortlaut dort sowenig gegen die Möglichkeit ihres dispositiven Charakters entscheidet, wie anerkanntermaßen bei zahlreichen anderen Sätzen des Schuldrechts. Es bleibt also, da die §§ 482ff. hier nichts anderes ergeben, bei der insoweit nach § 481 vorgeschriebenen Anwendung des 476, wonach die Gewährschaft vom arglistigen Verschweigen abgesehen erlassen oder beschränkt werden kann.

b) der Ausschluß der Frist kann aber auch umgekehrt die Bedeutung haben, daß der Verkäufer allgemein haften soll, auch wenn sich der Mangel nicht in einer so oder solang bemessenen Frist, sondern irgendwann (innerhalb der Verjährungsfrist) zeigen solle. Auch das erscheint wirksam: kann die Frist verlängert werden, so doch auch wohl auf eine unendliche lange Zeit. Denn eine Zeitgrenze findet sich im Texte nicht.

Natürlich darf die Bestimmung keinen unsittlichen oder wucherischen Inhalt haben (§ 138); auch wird der den Fehler arglistig verschweigende Verkäufer sich nicht auf die vertragsmäßige Kürzung berufen dürfen; das ergibt sich aus der Bestimmung des § 476, die hier nicht anzuwenden keinerlei Anlaß vorliegt (s. § 481). So auch Kober-Staudinger Nr. 4.

2. Die nach dem gesagten statthafte Vertragsfrist tritt in den fraglichen Fällen mit allen Wirkungen an die Stelle der gesetzlichen; es gelten wegen ihrer Wahrung also auch insbesondere die Regeln des § 485.

§ 487.

Der Käufer kann nur Wandelung, nicht Minderung verlangen.

Die Wandelung kann auch in den Fällen der §§ 351 bis 353, insbesondere wenn das Tier geschlachtet ist, verlangt werden; an Stelle der Rückgewähr hat der Käufer den Wert des Tieres zu vergüten. Das Gleiche gilt in anderen Fällen, in denen der Käufer infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, insbesondere einer Verfügung über das Tier, außer Stande ist, das Tier zurückzugewähren.

Ist vor der Vollziehung der Wandelung eine unwesentliche Verschlechterung des Tieres infolge eines von dem Käufer zu vertretenden Umstandes eingetreten, so hat der Käufer die Wertminderung zu vergüten.

Nutzungen hat der Käufer nur insoweit zu ersetzen, als er sie gezogen hat.

E. I 404, II 422, RV. 481. — Mot. S. 256—9, Prot. S. 739—43, D. S. 102—3.

1. **Prinzip:** Daß wegen der Tiermängel nicht Minderung, sondern nur Wandelung begehrt werden könne, entspricht dem altdeutschen Rechtsprinzip und ist in vielen besonderen Partikulargesetzen und Verordnungen anerkannt, ebenso im SächsGB. § 927, nicht aber im Landrecht. Warum sich das BGB. auch hier der germanistischen Auffassung angeschlossen hat, darüber vgl. Mot. S. 257.

2. **Die Gestaltung der Wandelung:** Dem Ausschluß des Minderungsrechtes entspricht als Äquivalent eine Erweiterung und Begünstigung der Wandelung wegen Tiermängel:

a) sie kann nach Abs. 1, Satz 1—2 trotz Veräußerung des Tieres oder sonstiger Verfügung darüber (auch Tötung, Verarbeitung) vorgenommen werden, selbst wenn die Unmöglichkeit der Rückgabe durch Schuld des Käufers oder einen sonstigen von ihm zu vertretenden Umstand verursacht ist. Nur muß der Käufer zwar nicht, wie man nach allgemeinen Grundsätzen etwa annehmen könnte, das Interesse, aber doch „an Stelle der Rückgewähr den Wert des Tieres vergüten". Ob das immer da gilt, wo der Käufer zur Rückgabe außer Stande ist, oder nur da, wo er entgegen den allgemeinen Bestimmungen des Rücktrittsrechtes trotz der Unmöglichkeit der Rückgabe die Wandelung betreibt, läßt sich aus dem Wortlaut nicht unzweifelhaft beantworten. Meines Erachtens trifft das letztere zu, da andernfalls die zu Gunsten des Rücktretenden erlassene Sonderbestimmung des § 487 sich zu seinen Ungunsten wenden würde. So auch Conze (s. zu § 351) S. 85—6. Natürlich muß aber in den anderen Fällen der wandelnde Käufer dem Verkäufer den vom dritten Beschädiger erlangten Ersatz herausgeben oder den Ersatzanspruch abtreten, § 281; ihm auch das vom dritten Ersteher erhaltene nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben.

Welcher Zeitpunkt ist für die **Berechnung des eventuell zu erstattenden Wertes des Tieres** maßgebend? Entw. I erklärte ausdrücklich den Zeitpunkt der die Naturalrückgabe unmöglich machenden Handlung für entscheidend. Die zweite Kommission strich das, um der Auslegung freie Hand zu lassen. Diese ist aber bisher zu keinem allgemeinen Einverständnis gelangt:

α) Nach Stölzle S. 151ff., 246ff. entscheidet der Zeitpunkt des Gefahrüberganges.

β) Nach Planck Nr. 2a; Conze aaO. S. 81; Krückmann S. 74ff.; Meißner S. 69 derjenige des Wandlungsvollzuges oder (s. Kober-Staudinger Nr. 3a) des Wandlungsbegehrens.

γ) Nach Schneider S. 149—150 ist der Betrag zu erstatten, der nach Eintritt des die Rückgabe unmöglich machenden Umstandes im Vermögen des Käufers oder eines seiner Nachmänner zurückgeblieben ist, eventuell der Wert des Zeitpunktes, der unmittelbar vor dem verschuldeten die Rückgabe unmöglich machenden Ereignis liegt. Ähnlich Endemann § 161a Anm. 24.

M. E. wird man (im Sinne der Ansicht zu β) im allgemeinen den Zeitpunkt der vollzogenen Wandelung für entscheidend erklären müssen; denn in diesem Moment war eigentlich das Tier zurückzugewähren, also an seiner Stelle subsidiär auch das, was unter den derzeitigen Verhältnissen sein Äquivalent oder Surrogat bildet. Jedoch darf m. E. nicht der seiner Verpflichtung zur Wandelung nicht nachkommende Verkäufer von einer späteren Werterhöhung des Tieres Vorteil ziehen; ich würde daher dem in Verzug geratenen Verkäufer wegen solcher keine erhöhten Ansprüche gewähren. Ebenso Conze aaO.

b) Wie steht es, wenn das Tier nicht völlig vernichtet, aber verschlechtert ist durch einen vom Käufer zu vertretenden Umstand?

α) Ist die Verschlechterung wesentlich, so tut auch das gemäß dem zu a) gesagten der Wandelung keinen Abbruch, jedoch braucht sich der Verkäufer das entwertete Tier nicht aufdrängen lassen, sondern kann unter Ablehnung der Rücknahme Wertersatz fordern, wie zu a). Das ergibt sich aus dem für anwendbar erklärten § 351, aber auch mittelst Umkehrschlusses.

β) Ist die Verschlechterung unwesentlich, so muß der Verkäufer das Tier zurücknehmen, der Käufer ihm aber den Minderwert (doch auch hier nicht das etwaige

weitere Interesse) erstatten, und zwar jedenfalls, entsprechend dem zu a) gesagten, das Quantum, um was das Tier zur Zeit der Wandelung weniger wert ist als zur Zeit des Kaufes, nicht die durch die Entwertungshandlung im damaligen vor der Wandelung liegenden Zeitpunkt hervorgerufene Wertdifferenz.

Welche Verschlechterung „unwesentlich“ sei, ergibt sich aus dem einzelnen Fall: entscheidend ist nicht das physische, sondern das wirtschaftliche Moment. Wird z. B. ein Rennpferd durch Vernachlässigung auch nur ein wenig steif, so mag das schon eine sehr erhebliche Verschlechterung darstellen; bei einem zum Schlachten bestimmten Rind wird selbst eine physisch schlimmere Lähmung wahrscheinlich wenig ausmachen.

2. Andererseits ist die Erstattungspflicht des Käufers hinsichtlich der **Nutzungen** auf die **wirklich gezogenen** beschränkt, Abs. 3, was gegenüber dem Prinzip des § 347 (s. Bem. dazu) eine erhebliche Erleichterung bedeutet. Sie ist billig, weil das fehlerhafte Tier doch gerade des Fehlers wegen vermutlich in der Nutzbarkeit beeinträchtigt war, s. Mot. S. 260, ferner, weil dem Käufer eine Pflicht zur Vornahme der Nutzung eines von ihm gekauften Tieres doch nicht oblag, s. Türcke-Riedenführ No 7.

Trotzdem der Absatz nur von „ersetzen“ spricht, wird man den Käufer doch zunächst zur Herausgabe der vorhandenen und erst wegen der nicht vorhandenen Nutzungen zum Werterſatz anzuhalten haben. Das entspricht der Natur der Sache und der Analogie der Behandlungsweise wegen des Tieres selbst.

Wegen der dem Käufer erwachsenen Kosten s. § 488 und Bem. dazu.

3. Über den **Verkauf einer ganzen Herde** ist nichts besonderes bestimmt; es entscheiden daher für die Frage, ob wegen des Mangels bei einem Tiere das Geschäft auch wegen der anderen gewandelt werden könne, die allgemeinen Grundsätze der §§ 469 ff. Dasselbe gilt von dem Fall, wenn Mutter- und junge Tiere miteinander veräußert sind; alsdann wird vorzüglich der § 470 heranzuziehen sein.

4. Nur das **Minderungsrecht** wird in § 487 ausgeschlossen; das **Schadensersatzrecht** dagegen ist auch beim Verkauf von Tieren überall da am Platze, wo es nach der allgemeinen Regel des § 463 gegeben sein würde.

§ 488.

Der Verkäufer hat im Falle der Wandelung dem Käufer auch die Kosten der Fütterung und Pflege, die Kosten der tierärztlichen Untersuchung und Behandlung sowie die Kosten der notwendig gewordenen Tötung und Wegschaffung des Tieres zu ersetzen.

E. I 405, E. II 423, RV. 482. — Mot. S. 259—61, Prot. 743—4.

1. Die Vorschrift des § 488 ist dadurch gerechtfertigt, daß einmal die dort genannten Kosten gerade bei kranken Tieren im Verhältnis zu ihrem Wert oft eine enorme Höhe erreichen, während andererseits eine Nutzung, die dafür ein Entgelt bilden könnte, eben wegen des Mangels oftmals nicht zu erzielen sein wird, jedenfalls aber, wenn entstanden, dem Verkäufer nach § 487 Abs. 3 ja vom Käufer ersetzt werden muß. Aus diesen Erwägungen fanden sich ähnliche Bestimmungen auch schon vielfach im bisherigen Recht.

Auf den Fall eines Verzuges des Verkäufers in Einwilligung zur Wandelung oder Rücknahme des Tieres sind die Ansprüche aus § 488 nicht beschränkt; die Pflicht der Erstattung trifft ihn vielmehr wegen aller nach der Übergabe des Tieres entstandenen Kosten.

Andererseits sind nur die Kosten der im Texte aufgeführten Art zu erstatten, also nicht z. B. Aufwendungen zum Schutze gegen Seuchengefahr, oder gar durch Ansteckung der Bestände des Käufers entstandene Schäden. Doch kann auch wegen solcher Aufwendungen Ersatz verlangt werden, wenn der Verkäufer dafür aus besonderen Gründen verantwortlich ist, z. B. aus dem Gesichtspunkt der auftraglosen Geschäftsführung. § 488 bedeutet nur, daß in den darunter fallenden Fällen der Anspruch unbedingt gegeben, nicht auch, daß er im übrigen unbedingt versagt werden solle, OLG. Dresden in Rspr. VIII S. 74.

2. Die Ansprüche aus § 488 sind Nebenansprüche, die in einem Abhängigkeitsverhältnis zu dem auf Wandelung gerichteten Hauptanspruch stehen, s. die bei Neumann, Jahrb. II S. 285/6 mitgeteilte Entscheidung des Reichsgerichts.

3. Daß gegen seine Verpflichtungen aus § 488 der Verkäufer mit seinem Erstattungsanspruch wegen der Nutzungen aufrechnen kann (§ 487 Abs. 4) ist selbstverständlich.

§ 489.

Ist über den Anspruch auf Wandelung ein Rechtsstreit anhängig, so ist auf Antrag der einen oder der anderen Partei die öffentliche Versteigerung des Tieres und die Hinterlegung des Erlöses durch einstweilige Verfügung anzuordnen, sobald die Besichtigung des Tieres nicht mehr erforderlich ist.

E. I 406, E. II 424, RV. 483. — Mot. S. 261, Prot. S. 744—5.

1. Der § 489 enthält eine Schutzvorschrift für beide Parteien, um während des vielleicht langdauernden Prozesses die Kosten im Sinne von § 488, die je nach dem Ausfall den einen oder den andern treffen würden, nicht ins Maßlose anwachsen zu lassen. Die Besonderheit gegenüber dem allgemeinen Recht der einstweiligen Verfügungen ist die, daß ein besonderer Nachweis der Notwendigkeit einer solchen Maßnahme, wie er sonst nach §§ 935, 940 ZPO. erfordert wird, sich hier erübrigen soll. Der hinterlegte Erlös bezw. der Anspruch gegen die Hinterlegungsstelle auf Erstattung eines entsprechenden Betrages tritt für das Verhältnis der Beteiligten an die Stelle des veräußerten Tieres; der Käufer kann also nicht nur den Verkäufer nach Vollziehung der Wandelung darauf verweisen, sondern der Verkäufer hat alsdann von vornherein nur einen Anspruch auf Einwilligung in die Auszahlung des Erlöses an ihn. Dies im Gegensatz zum Fall des § 383.

2. Über den Begriff der öffentlichen Versteigerung s. §§ 383, 156 und Bem. dazu; über die Hinterlegung §§ 372 ff. und EG. Art. 144—5 nebst den daraufhin erlassenen Landesgesetzen; über die einstweiligen Verfügungen ZPO. §§ 935 ff.

3. Die Anordnung der Versteigerung geschieht vom **Prozeßgericht**, wenn nach dessen Ansicht die Besichtigung des Tieres nicht mehr erforderlich ist.

§ 490.

Der Anspruch auf Wandelung sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Hauptmangels, dessen Nichtvorhandensein der Verkäufer zugesichert hat, verjährt in sechs Wochen von dem Ende der Gewährfrist an. Im übrigen bleiben die Vorschriften des § 477 unberührt.

An die Stelle der in den §§ 210, 212, 215 bestimmten Fristen tritt eine Frist von sechs Wochen.

Der Käufer kann auch nach der Verjährung des Anspruchs auf Wandelung die Zahlung des Kaufpreises verweigern. Die Aufrechnung des Anspruchs auf Schadensersatz unterliegt nicht der im § 478 bestimmten Beschränkung.

E. I 407, E. II 425, RV. 484. — Mot. S. 261—2, Prot. 745—8, D. S. 103—4, Ber. d. RTKomm. S. 40.

1. **Prinzip:** Bei Tiermängeln ist eine besondere Beschleunigung der Rechtsmittel notwendig, einmal wegen der zu befürchtenden Verdunkelung des Tatbestandes (s. Mot. S. 262), dann aber auch mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 488; darum hat denn auch das BGB., im Widerspruch zwar zum Landrecht und SächsGB., aber übereinstimmend mit vielen einzelstaatlichen Sonderverordnungen, eine Abkürzung der für den Wandelungsanspruch im allgemeinen bestimmten Verjährungsfrist angeordnet. Dies, obwohl durch die Sätze der §§ 485, 489 ein Teil der Gründe bereits anderweit

gedeckt war. Immerhin ist die allzu knappe zweiwöchige Frist des Entw. I im Gesetze auf sechs Wochen ausgedehnt worden.

Neben der Wandelung wird durch Ablauf der Frist auch der Schadensersatzanspruch wegen zugesicherter Eigenschaften ausgeschlossen. Nicht aber auch der wegen arglistig verschwiegener Mängel. Da § 490 davon nichts erwähnt, bleibt in dieser Beziehung die allgemeine Verjährungsfrist maßgebend (s. auch § 477).

2. Eine vertragsmäßige Verlängerung der Frist ist auch hier auf Grund des in Satz 2 ausdrücklich für anwendbar erklärten § 477 statthaft; ebenso gelten die Sätze des § 477 über Unterbrechung der Verjährung durch Antrag auf Sicherung des Beweises.

3. **Die Verjährung wirkt** auch hier, ebenso wie nach § 478, nicht auf die gesamte Wandelungsberechtigung im Sinne eines „Liberationsrechtes (Hellwig), sondern begründet nur die Verjährungseinrede gegenüber dem Wandlungsanspruch. Dagegen kann auch hier, wie dort, der Käufer wegen des Mangels noch immer dem Anspruch des Verkäufers auf Preiszahlung die Wandelungseinrede entgegenhalten. Eine Wiederholung der Vorschriften des § 478, durch deren Beobachtung dort die Erhaltung der Einrede bedingt war, erübrigte sich um deswillen, weil laut § 485 der Käufer von vornherein zur Erhaltung seiner Rechte Akte dieser Art hat vornehmen müssen. Darum enthält auch der Schlußsatz keine sachliche Änderung gegen § 479.

§ 491.

Der Käufer eines nur der Gattung nach bestimmten Tieres kann statt der Wandelung verlangen, daß ihm an Stelle des mangelhaften Tieres ein mangelfreies geliefert wird. Auf diesen Anspruch finden die Vorschriften der §§ 488 bis 490 entsprechende Anwendung.

E. I 408, E. II 426, RV. 485. — Mot. S. 263, Prot. S. 748, D. S. 104.

Die Bestimmung ist sachgemäß nachgebildet derjenigen des § 480. Aber der Käufer kann auch neben dem hier gewährten Nachlieferungsanspruch gemäß dem für anwendbar erklärten § 488 vom Verkäufer die Kosten der Fütterung usw. ersetzt verlangen. Auch hier ist ferner eine Versteigerung des gelieferten mangelhaften Tieres unter den Voraussetzungen des § 489 am Platze, endlich hat die Verjährungsfrist dabei wiederum eine Dauer von bloß sechs Wochen. Daß der Verkäufer mit der Erfüllung seiner Nachlieferungspflicht auch hier in Verzug geraten kann, ergibt sich aus dem zu § 480 Bemerkten.

§ 492.

Übernimmt der Verkäufer die Gewährleistung wegen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehlers oder sichert er eine Eigenschaft des Tieres zu, so finden die Vorschriften der §§ 487 bis 491 und, wenn eine Gewährfrist vereinbart wird, auch die Vorschriften der §§ 483 bis 485 entsprechende Anwendung. Die im § 490 bestimmte Verjährung beginnt, wenn eine Gewährfrist nicht vereinbart wird, mit der Ablieferung des Tieres.

E. I 411, E. II 427, RV. 486. — Mot. S. 264—5, Prot. S. 748, D S. 104—5

Literatur: Stölzle, Recht 04 299, Hirsch daselbst S. 476, Meisner aaO. S. 103.

1. Die Beschränkung der Haftpflicht auf die Hauptmängel des verkauften Tieres ist nur dispositives Recht, sie kann durch besondere Abrede auf bestimmte weitere Mängel oder zugesicherte Eigenschaften, ja auch allgemein auf alle im Sinne von § 459 erheblichen Mängel ausgedehnt werden. Der dies beschränkende § 409 Entwurf I, der ein allgemeines Versprechen der Haftung allein auf die Hauptmängel bezog,

wurde im Entwurf II § 428 nur noch mit dem Zusatz „im Zweifel" beibehalten und nachher vom Reichstag überhaupt gestrichen.

2. Die danach zulässige Erweiterung der Gewährleistungspflicht kann zweifacher Art sein:

a) Übernahme der Gewähr wegen weiterer Mängel, ohne daß dabei gerade dessen Abwesenheit garantiert wird.

b) Zusicherung einer besonderen Eigenschaft (s. Schneider S. 161 ff., Planck Nr. 1aγ).

Ersterenfalls ergibt sich nur eine Erweiterung der Haftungsgründe, nicht eine solche der Haftung selbst. Letzterenfalls dagegen tritt bei Fehlen der Eigenschaft eine Schadensersatzpflicht ein nach den allgemeinen Regeln der §§ 459 ff., 480. Wenn § 492 auf beide Fälle die §§ 483 ff. angewendet wissen will, so heißt das nicht, daß diese Anwendbarkeit auch für den zweiten als eine ausschließende zu verstehen sei; nur, wenn der Käufer auch im Fall der Zusicherung sich auf die besonderen Gewährschaftsbefugnisse beschränkt, bestimmt sich sein Recht nach den angezogenen Paragraphen.

Ob das eine oder das andere vorliegt, ist Tatfrage; da aber im Zweifel nur für die Übernahme der weniger weitgehenden Pflicht vermutet werden darf, wird man mit dem OLG. Posen in Rspr. 8 448 mangels besonderer für eine Abrede zu b) sprechender Gründe nur eine solche zu a) (Erweiterung der Gewährleistung mit der Wirkung einer bloßen Wandelungsbefugnis) als gewollt zu unterstellen haben. — Eine Zusicherung andererseits kann sich auch auf das Fehlen eines Hauptmangels beziehen und bewirkt dann, wenn er vorhanden ist, neben der Wandelungspflicht Ersatzpflicht des Verkäufers dafür; über die Verjährung dieses Ersatzanspruchs s. schon § 490.

Das Minderungsrecht wird dadurch wegen § 487 an sich noch nicht begründet; es ist keine Folge der Zusicherung als solcher. Doch ist es zweifellos, daß es durch besondere Abrede gleichfalls als Folge des Mangels vereinbart werden kann — denn § 487 ist sicherlich Dispositivgesetz. So auch Stölzle S. 139, Planck Nr. 1aα, Kober-Staudinger Nr. 4.

Soweit es danach infolge einer vertragsmäßigen Erweiterung der zu vertretenden Mängel zur Gewährleistung kommt, sollen die Wirkungen eines vorhandenen Mangels nach den für die Hauptmängel geltenden Sätzen beurteilt werden. Wohin diese „entsprechende Anwendung" im einzelnen führt, darüber s. Meisner aaO. S. 103 ff. Nicht aber findet darauf die Gewährfrist der §§ 482 ff. und die Anzeigepflicht des § 485 Anwendung, es sei denn, daß die gesetzliche oder eine anderweite Gewährfrist besonders vereinbart ist. In solchem Fall gelten für diese auch die Regeln der §§ 483—5 über die Hauptmängel, und es beginnt die Verjährung gleichfalls mit Ablauf dieser Gewährfrist, während sie mangels Vereinbarung einer solchen bereits mit der Ablieferung anhebt. Über den Begriff der Ablieferung s. Bem. 2a zu § 477.

3. Zweifelhaft ist, ob die Erhaltung der Wandelungseinrede in den Fällen des § 492 ebensowenig von einer Mängelanzeige im Sinne des § 478 abhänge, wie sie es nach § 490 Abs. 3 Satz 1 in denen einer Gewährleistung wegen der Hauptmängel tut, s. dazu Neumann (Kottbus) DJZ. 03 53, Gotthardt (s vor § 481) S. 46, Schneider aaO. S. 134 ff., 187. Das Bedenken liegt darin, daß in § 492 zwar § 490, aber nicht der seinen Abs. 3 Satz 1 überhaupt erst erklärlich machende (s. Nr. 3 zu § 490) § 485 für anwendbar erklärt ist. Es scheint danach, daß die Wandelungseinrede auf Grund der vertragsmäßig erweiterten Gewährleistung schrankenlos, auch ohne jedwede vorgängige Mängelanzeige, trotz Verjährung des entsprechenden Anspruchs anwendbar bleibe. Aber dieses Ergebnis — das Neumann und Gotthardt für schwer vermeidbar zu erachten scheinen — wäre so sinnwidrig, daß es auf jede mögliche Weise zu vermeiden gesucht werden muß. Man darf wohl sagen: § 490 Abs. 3 hat Sinn und Anwendungsmöglichkeit nur für die Fälle, wo die Mängelanzeige bereits durch die Anzeige zu § 485 ersetzt ist. Das trifft aber in denen des § 492 nicht zu, also entfällt für sie die Anwendungsmöglichkeit des Absatzes, es muß also insoweit, da eine Änderung nicht vorliegt, gemäß § 481 bei der Anwendung der allgemeineren §§ 478—9 bleiben, die eine Mängelanzeige zur Erhaltung der Einrede vorschreiben. S. auch im Ergebnis Planck Nr. 2a, Schneider S. 187 ff. und DJZ. 03 100, Stölzle S. 203.

4. Die Erweiterung der Gewährleistung kann ausdrücklich wie stillschweigend vereinbart werden: so ist sie mit Schneider S. 162 in der Regel bereits darin zu finden, daß man ein Tier gerade zu einem gewissen, nur bei Freiheit von bestimmten Mängeln ausführbaren Gebrauche kauft.

5. Möglich ist auch, daß der Verkäufer für die **Hauptmängel vertragsmäßig** eine weitere, über die gesetzliche Gewährschaft hinausgehende Haftung übernimmt. Das bestimmt sich alsdann nach Sinn und Tragweite der Abrede, event. nach den allgemeinen Regeln des Kaufrechts; § 492 ist darauf schlechthin unanwendbar, insbesondere auch die dort und in § 490 angeordnete Fristberechnung; s. Stölzle, Recht aaO.

§ 493.

Die Vorschriften über die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache finden auf andere Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung.

E. II 429, RV. 488. — Prot. S. 748.

1. Die Vorschrift des § 493 entspricht der des § 445, wonach die Sätze über die Haftung des Verkäufers wegen juristischer Mängel der Kaufsache auf andere kaufähnliche Verträge Anwendung finden sollen. S. die Bem. dazu, die namentlich auch die Arten der in Betracht kommenden Verträge angibt.

Die §§ 459 ff. sind danach insbesondere auch anwendbar auf den Vergleich, RG. 54 Nr. 47 S. 166. Gewähr ist hier freilich nur zu leisten wegen der Abfindungsleistung, nicht auch wegen der ursprünglich streitigen Vergleichsobjekte.

Für einzelne Verträge ist auch wegen der Haftung wegen faktischer Mängel besonderes bestimmt, so für die Miete (§ 537), die Pacht (§ 581), soweit man sie überhaupt als „Belastungsverträge" ansehen sollte, den Werkvertrag (§§ 633, 651).

Die „sinngemäße Anwendung" bezieht sich auf die ganze Reihe der §§ 459—92, auch auf die von den Tiermängeln handelnden. So auch Planck, Kober-Staudinger Nr. 1 und die jetzt wohl allgemeine Meinung. Anders früher Endemann Aufl. 3/4 § 161 Anm. 23.

III. Besondere Arten des Kaufes.

Vorbemerkung.

Unter der Bezeichnung „besondere Arten des Kaufes" behandelt das BGB. gewisse Fälle eines Kaufes mit besonderen Nebenabreden, nämlich den **Kauf nach und auf Probe, den Wiederkauf und den Vorkauf**. Andere Nebenabreden sind nicht besonders erwähnt, s. die Vorbem. Nr. 2 auf S. 155.

Der erste Entwurf stellte in diesem Zusammenhang auch den Erbschaftskauf dar, ihm ist aber durch Entwurf II eine passendere Stelle im Erbrecht angewiesen; er findet sich dort in den §§ 2371—85.

Ueberhaupt keinen Kauf, also auch keine besondere Art des Kaufes, stellt die **Enteignung** dar; hinsichtlich ihrer ist das Landesrecht nach Art. 109 EG. maßgebend geblieben. Soweit in den Enteignungsgesetzen auf das, künftig aufgehobene, partikuläre Kaufrecht als anwendbar verwiesen ist, treten an Stelle der fraglichen Bestimmungen gemäß Art. 4 EG. in Zukunft die entsprechenden des BGB.

1. Kauf nach Probe. Kauf auf Probe.

§ 494.

Bei einem Kaufe nach Probe oder nach Muster sind die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert anzusehen.

E. I 470, E. II 430, RV. 489. — Mot. S. 332—3, Prot. II S. 77.

Literatur: Staub, Exkurs zu HGB. § 382, S. 392ff.

1. Schon das bisherige Recht unterschied den **Kauf zur, nach und auf Probe.**

a) Der erste (s. altes HGB. Art. 341) ist ein gewöhnlicher Kauf unter Angabe des Beweggrundes: er wird in der ausgesprochenen Absicht geschlossen, eventuell noch mehr von der betreffenden Warensorte zu entnehmen. Juristisch bietet er weiter nichts besonderes und ist daher auch im BGB. nicht als solcher geregelt.

b) Der Kauf nach Probe ist im § 494 geordnet, s. darüber das Nähere gleich unten.

c) Der Kauf auf Probe ist im Gegensatz zu jenem ein bedingter Kauf; s. über ihn die §§ 495—6.

2. Der **Kauf nach Probe** ist kein durch die Probemäßigkeit der Ware aufschiebend oder auflösend bedingtes, sondern ein gewöhnliches, unbedingtes Geschäft. Aber die Eigenschaft der gekauften Ware, der früher entnommenen Probe oder auch der bei einem dritten befindlichen Musterware zu entsprechen, wird hier als vom Verkäufer **zugesichert** angesehen, ohne daß ein besonderer Beweis für eine solche Zusicherung noch erbracht zu werden brauchte. Es haftet also gegebenenfalls der Verkäufer für ein Zurückbleiben der Ware hinter den Eigenschaften der Probe nach den Regeln der §§ 459ff. (463, 480 Abs. 2). Diese Behandlung des vorliegenden Geschäftstypus entspricht dem Gemeinen Recht (Dernburg, Pand. II § 95 Nr. 4b) und der landrechtlichen Doktrin (Dernburg, Privatrecht II § 154).

Natürlich tritt diese Auffassung nur im Zweifel ein; es kann sehr wohl im Einzelfall durch die Parteien die Probemäßigkeit der Ware zur wahren Bedingung erhoben werden, s. Entsch. d. ROHG. 2 Nr. 94 S. 418ff.

3. **Wann liegt die notwendige Probemäßigkeit der Ware vor?** S. darüber die Bemerkungen des RG. in den Entsch. Bd. 20 Nr. 6 S. 32 und Nr. 9 S. 37ff. Es kann eine absolute Übereinstimmung der Ware mit der gelieferten Probe gewollt sein. Aber sehr oft wird auch eine nur relative der ausgesprochenen oder zu unterstellenden Parteiintention genügen, namentlich in den Fällen, wo wegen der Verschiedenheiten der Ernten (Kaffee!), der Fabrikationsergebnisse (z. B. Velvet, RG. Nr. 6 cit., ferner Bier, Liköre) u. dergl. eine ganz genaue Reproduktion der Probe nicht mehr möglich ist und das schon beim Vertragsabschluß voraussehbar war. Will der Käufer bei Geschäften über derartige, in der Herstellung einer gewissen verkehrsmäßig anerkannten Ungleichmäßigkeit unterworfene, Dinge eine absolute Übereinstimmung mit der Probe, so muß er das besonders ausmachen. Aber selbst die Abrede, es solle „genau nach Muster" geliefert werden, soll nach dem OLG. Hamburg vom 4. VII. 1901, Rspr. III S. 206, ihm — mit Recht! — dann keine Ansprüche verleihen, wenn er weiß oder der Verkäufer sein entsprechendes Wissen unterstellen darf, daß eine absolute Übereinstimmung der herzustellenden Ware mit dem Muster unmöglich ist.

Niemals aber darf der liefernde Verkäufer die Grenze überschreiten, welche der Markt für die Ware innegehalten wissen will, s. Entsch. d. RG. 29 Nr. 24 S. 86ff., Staub aaO. Anm. 6.

4. **Beweis:**

a) Daß der Kauf „nach Probe" geschlossen, die Probemäßigkeit der Ware also zugesichert sei, muß nach allgemeinen Grundsätzen der Käufer beweisen. Gegen die von der vorherrschenden handelsrechtlichen Praxis, nunmehr auch von Fischer-Henle No. 3 und Leonhard, Beweislast S. 394, für den Gattungskauf vertretene gegenteilige Annahme s. die guten Ausführungen bei Staub aaO. Anm. 7ff. Wie hier auch Dernburg § 194, III, Rosenberg, ArchZivPrax. **94** 134, Kober-Staudinger Nr. 5b δ—ε. Anders natürlich, wenn der Käufer eine ganz andere Gattung bestellt zu haben behauptet. Und zwar bezieht sich der dem Käufer obliegende Beweis nicht nur darauf, daß überhaupt nach Probe, sondern auch darauf, nach welcher bestimmten Probe gekauft sei. Denn wer die Klausel überhaupt zu beweisen hat, muß auch ihren besonderen Inhalt beweisen. So auch Staub Anm. 7, 10, Kober-Staudinger Nr. 5b α.

b) Steht aber die Klausel fest, so ist es andererseits Sache des Verkäufers, darzutun, daß die gelieferte oder angebotene Ware der Probe entspreche. Denn nur durch eine probemäßige Ware erfüllt er seine Verpflichtung, eine Erfüllung der Verbindlichkeit muß aber der beweisen, der sich darauf beruft. So auch die ständige Praxis des ROHG., Entsch. Bd. 2 Nr. 42 S. 179; Bd. 6 Nr. 77 S. 337ff.; Bd. 12 Nr. 2 S. 7ff. Anders nur dann, wenn der Käufer die Ware einmal als Erfüllung angenommen hat; dann trifft nach § 363 ihn hinfort die Beweislast, daß die Ware

nicht die probemäßigen Eigenschaften gehabt habe. So auch Staub Anm. 9, Crome § 225 Nr. 2, Dernburg aaO. IV, Planck Nr. 3 Abs. 2, Rosenberg, Beweislast S. 96. Mißverständlich Kober=Staudinger Nr. 5 b ε, wo nicht klar erhellt, ob sich der dem Käufer auferlegte Beweis auf die Probeklausel als solche oder auf die Probemäßigkeit des gelieferten bezieht (ersteres wäre richtig, letzteres unrichtig).

c) Jedenfalls aber wird der Verkäufer verlangen können, daß der Käufer die ihm früher ausgehändigte Probe vorlegt. Das hat das ROHG. gleichfalls wiederholt angenommen, s. Entsch. 6 339, 12 9 cit., s. auch Heise=Cropp, Abhandlungen I Nr. 13, Staub aaO. Anm. 10, während das RG. Bd. 9 Nr. 10 S. 38 minder weit geht. Man begründet das meist in der Weise, daß Treu und Glauben vom Käufer erforderten, durch Vorlegung der Probe den Verkäufer zur Führung des diesem obliegenden Beweises in Stand zu setzen. Wolle oder könne er diese Vorlegung nicht mehr vornehmen, so müsse ihm jetzt der Nachweis der Probewidrigkeit aufgebürdet werden, s. dafür die beachtenswerten Bemerkungen in der Entsch. d. ROHG. 9 27; 12 118 (in dieser Umkehrung der Beweislast liege ein Ersatz des Interesses, das der Verkäufer an Vorlegung der Probe hatte).

Nach der hier vertretenen Auffassung von der Beweislast erübrigen sich diese Argumentationen. Denn der Käufer muß nicht nur die Probeklausel in abstracto beweisen, sondern auch, mit welcher Probe die Ware übereinzustimmen habe (s. oben a), weil erst dadurch die von ihm behauptete Zusicherung der Eigenschaft einen greifbaren Inhalt gewinnt. Diesen Beweis kann er zwar auch durch andere Beweismittel führen, wird aber am besten und sichersten die Probe selbst dazu verwenden; ist sie ihm übergeben, so wird er sie also im eigenen Interesse aufzubewahren haben, oder doch einen zur Feststellung genügenden Teil davon — nicht um einer Pflicht zu genügen, sondern um sein Recht desto besser durchführen zu können.

d) Hat andererseits der Verkäufer die Probe erhalten oder behalten, so erheischt von ihm die Verkehrstreue, nicht durch willkürliche Vernichtung oder sonstige Unmöglichmachung der Vorlegung dem Käufer den Beweis, nach welcher Probe gekauft sei, zu erschweren. Tut er das doch durch vertretbares Verhalten, so muß ihn jetzt der Beweis treffen, daß die Probe nicht die vom Käufer angegebenen Eigenschaften gehabt habe. So auch überall Staub, ebenso Erk. in HessRspr. 5 129 (Warneyer BGB. § 494 Nr. 4).

Von der herrschenden Lehre weicht diese Erörterung im Ergebnis in den Fällen ab, wenn die Probe beim einen oder anderen Teil durch Zufall untergegangen ist. Dann bleibt mangels anderer Beweismittel nach der herrschenden Lehre — so Crome § 225 Anm. 12 und die dort angeführten Erkenntnisse — der Verkäufer beweisfällig, weil er nicht die Probemäßigkeit des Gelieferten dartun kann; nach der hier vertretenen der Käufer, weil er nicht zu beweisen vermag, welche Eigenschaft der Ware gerade zugesichert ist.

Bestreitet der Verkäufer lediglich die Identität der vorgelegten mit der seinerzeit bei der Abrede zu Grunde gelegten Probe, so trifft ihn nach der herrschenden Lehre die Beweislast, s. ROHG. 6 339, 12 9 cit. Denn das sei „eine notwendige Konsequenz der Beweispflicht für die behauptete Vertragserfüllung". Dagegen aber Staub, Anm. 11 in Konsequenz der auch hier vertretenen Annahme von der Beweispflicht des Käufers für die Probeklausel. Dieser Beweis geht eben nicht abstrakt dahin, daß überhaupt, sondern auch, nach welcher Probe gekauft sei. Anders Dernburg, § 194, III, Crome § 225 Anm. 14, Planck Nr. 3 Abs. 3, Rosenberg, Beweislast S. 97; wie hier Staub, Düringer=Hachenburg, Komm. zum HGB. III S. 385, Kober=Staudinger Nr. 3 b ζ. Nichts hindert — dies gegen Dernburg — den Käufer, der wahren Probe andere Ware zu substituieren und als angebliche „Probe" vorzulegen. Dagegen darf der Verkäufer nicht schutzlos bleiben. Mag der Käufer durch abgesonderte Aufbewahrung, Zeugen usw. dafür sorgen, daß er den Identitätsbeweis führen kann; er ist durch den Empfang der Probe an sich schon in der günstigeren Lage, mehr kann er billigerweise nicht begehren.

5. Daß **neben** der Probemäßigkeit noch **andere Eigenschaften** zugesichert sein können, liegt auf der Hand, s. Staub Anm. 5.

6. **Ob die Probe als Teil der Hauptleistung zu gelten habe** oder nicht, ist Tatfrage. Meist wird das Gegenteil anzunehmen sein; sie ist dann nach der Vertragserfüllung aus dem Gesichtspunkt der causa finita zurückzugewähren; anders, wenn dem Käufer gestattet war, sie zwecks Feststellung ihrer Eigenschaften zu verbrauchen. Möglicherweise hatte sie seinerzeit den Gegenstand eines besonderen Kaufes zur Probe gebildet.

§ 495.

Bei einem Kaufe auf Probe oder auf Besicht steht die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers. Der Kauf ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen.

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Gegenstandes zu gestatten.

E. I 471—2, E. II 431, RV. 490. — Mot. S. 333—5, Prot. II S. 77—8.

Literatur: α) ältere, Die Aufsätze in der Zeitschr. f. Handelsrecht von Goldschmidt (Bd. I), Fitting (Bd. II und V), Unger (Bd. III). β) zum neuen Recht: Muskat bei Gruchot **48** 205 ff., **49** 472 ff., Passauer, Dissertation, Erlangen 1904.

1. **Allgemeines:**

a) Der Kauf auf Probe ist ein Geschäft, bei dem die Ware nicht fest gekauft wird, sondern nur, „si placuerit emtori". Eine Abrede dieser Art gehört bekanntlich schon den Römischen Quellen an (s. Windscheid II § 387 No. 5—7); doch war gemeinrechtlich bestritten, ob die Bedingung des placere von einem souveränen nackten Willen des Käufers abhänge, oder von einem objektiven, eventuell nach dem arbitrium boni viri zu beurteilenden, Gefallen. Das erstere war die herrschende und richtige Ansicht (anders scheint es nur in Rom beim Weinkauf — emtio ad gustum — gewesen zu sein, s. Goldschmidt, Zeitschr. I S. 73). Diese Gestaltung entspricht auch wohl dem Preußischen Recht (s. Landrecht I, 11, §§ 333 ff., Dernburg, PrivR. II § 153); jedenfalls ist sie positiv anerkannt im alten HGB. Art. 339, s. dazu auch Entsch. d. ROHG. 14 Nr. 68 S. 204, und nunmehr nach dessen Vorbild auch im BGB.

b) Natürlich handelt es sich dabei zwar nicht um eine bloße Auslegungsregel, aber doch nur um eine dispositive Satzung. Daß an Stelle des „Beliebens" ein mehr objektives „Gefallen" oder gar eine allgemeine Beifallswürdigkeit der Ware treten soll, kann sowohl ausdrücklich ausgemacht sein, wie aus den Gesamtumständen des Falles gefolgert werden. S. auch Staub zu § 382 HGB. Anm. 15.

c) Ebenso ist eine Abschwächung der Klausel in der Richtung denkbar, daß nicht der Vertrag überhaupt, sondern nur das Behaltenmüssen gerade dieses Gegenstandes vom Belieben des Käufers abhängig gemacht werden soll, z. B. bei der Formel „Nichtkonvenierendes tausche um" (statt: nehme zurück). Ob freilich dieser **Kauf mit Umtauschklausel** im Grunde zum Kauf auf Probe gehöre, ist mindestens zweifelhaft; dafür Dernburg § 193, II, dagegen Cosack § 132, I, 1, s. auch OLG. Rostock bei Seuffert 56 Nr. 196 S. 348. Ist nur Umtausch vorbehalten, so muß der Käufer unbedingt zahlen; und zwar aus dem ersten Kauf, falls es ihm nicht gelingt, sich über einen anderweiten Kauf mit dem Verkäufer zu einigen. Die Besonderheit besteht nur darin, daß dieser kraft der Abrede nicht berechtigt ist, eine neue Kaufofferte des Gegners in Bezug auf ein Stück seines Warenbestandes sine iusta causa zurückzuweisen. Es liegt also ein auflösend bedingter Kauf in Verbindung mit einem pactum de vendendo vor. Über die sonstige Auslegung der Umtauschklausel bestimmen die allgemeinen Grundsätze. Ist der Umtausch „jederzeit" vorbehalten, so bedeutet das nach der zutreffenden Entscheidung des OLG. Dresden vom 4. V. 1903, Rspr. VIII S. 56, kein zeitlich unbegrenztes Recht, sondern nur die Einräumung einer billigen Prüfungsfrist für den Käufer, deren Dauer sich nach der Gesamtheit der Umstände bemißt.

d) Es kann auch die eine oder andere Abrede die Bedeutung haben, daß nicht das Belieben des ursprünglichen Käufers, sondern eines **dritten** (z. B. des Ehegatten oder Dienstboten, den jener zu Weihnachten beschenken will) für den Bestand des Kaufes überhaupt oder doch dieses Kaufes entscheidend gemacht wird. Darüber gilt dann im allgemeinen das für das Belieben des Käufers gesagte analog.

2. **Konstruktion:** Der Kauf auf Probe stellt nicht nur, wie vereinzelt behauptet worden ist, eine bloße Offerte an den Käufer dar, die erst durch die Billigung desselben zum Vertrage werde. So z. B. Bekker, Pand. II § 106 (Verkaufsofferte mit einer über das sonstige Zeitmaß erstreckten Wirkungsfrist). Dagegen u. a. W. Stintzing, Vorverpflichtung, S. 26—7, der seinerseits auf die Ähnlichkeit mit einem Vorvertrag

auf Kauf hinweist. Er ist vielmehr bereits ein wahres Geschäft, allerdings ein hinkendes, aus dem die eine Partei fest gebunden ist, die andere noch nicht. Das ist kein Widerspruch zu dem vielfach gelehrten Satze, daß nicht Existenz oder Umfang der Bindung in das freie Ermessen des Schuldners gesetzt werden könne. Denn einmal ist nicht nur die Pflicht, sondern auch das mit ihrer Anerkennung stehende und fallende gegenüberstehende Recht des Käufers von Erfüllung derselben Bedingung abhängig, s. die feinen Bemerkungen von Goldschmidt, Zeitschr. I S. 275ff. Zum andern ist die Richtigkeit jenes Satzes keineswegs zweifelsfrei, siehe dagegen jetzt mit beachtenswerten Gründen, die mindestens eine Nachprüfung desselben notwendig machen, Krug, Die Zulässigkeit der reinen Wollensbedingung, 1904, S. 185 und passim. Ähnlich auch Muskat, Gruchots Beitr. 49 475ff. mit zahlreichen Beispielen derartiger Bedingungen aus dem BGB.

3. **Suspensiv- oder Resolutivbedingung?** Wie nach allen vorerwähnten Rechten, kann nach dem BGB. die Bedingung der Billigung sowohl aufschiebend wie auflösend sein. Während aber das GR. nichts darüber bestimmte, welche Art der Bedingung im Zweifel anzunehmen sei, ist nach dem alten HGB. Art. 339 für die aufschiebende zu vermuten, und das wird mit guten Gründen auch für das landrechtliche Gebiet vertreten, s. Dernburg, Privatrecht II § 153 No 10, Eccius, PrPrivatr. II § 124 No. 16.

Eine aufschiebende Bedingung unterstellt nunmehr auch das BGB., und zwar kommt es dabei nicht darauf an, ob die bedingt verkaufte Ware bereits übergeben ist oder nicht. Siehe Satz 2. Es liegt darin nur eine Auslegungsregel; der Ausbedingung einer auflösenden Bedingung steht nichts im Wege, ebensowenig derjenigen eines bloßen, obligatorisch wirkenden Rücktrittsrechts des Käufers (im Sinne von §§ 346ff.) bei Nichtgefallen der Ware.

4. Über die **Gefahr** gilt das oben zu § 446 Bem. 6b gesagte. Beim aufschiebend-bedingten Geschäft geht sie also noch nicht über, so auch Muskat S. 212ff. Bei der auflösenden ist nach dem oben Gesagten ebenso zu entscheiden; anders Muskat, wofern nicht nach dem Vertrage Rückziehung des Bedingungseintritts gewollt ist. Natürlich macht sich aber der Käufer haftbar, mindestens nach den Regeln der unerlaubten Handlungen, wenn er die — ihm übergebene — Kaufsache inzwischen schuldhaft zerstört oder beschädigt. Eine entsprechende Ersatzpflicht trifft im gleichen Falle den Verkäufer auf Grund von § 160 BGB.

5. **Mängelhaftung.** Sie ist insofern von der allgemeinen abweichend, als der Verkäufer wegen eines vom Käufer vor der Billigung erkannten Mangels nicht haftet, s. Fr. Leonhard, Iherings Jahrb. 39 182. Das folgt aus der Natur der Sache sowie aus der Analogie von § 464.

Scheitert der Vertrag durch Nichtbilligung, so ist der Käufer für jede schuldhafte Behandlung der Sache verantwortlich, Dernburg § 193, VIII. Auf alle Fälle muß er die ihm überlassene dem Verkäufer nunmehr auf seine Kosten zurücksenden; das dürfte mittelst Auslegung nach Treu und Glauben (§ 157) zwingend als gewollt unterstellt werden.

5. Die Entscheidung der Bedingung vollzieht sich durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung des Käufers an den Verkäufer im Sinne von §§ 130ff.; event. durch Fristablauf, s. § 496.

War aber die Ware bereits übergeben, so ist mit Passauer (s. oben) anzunehmen, daß die bloße Betätigung des Billigungswillens genügt. Denn in der Überlassung ist, wie in den entsprechenden Fällen des § 151, ein stillschweigender Verzicht auf die Empfangsbedürftigkeit der Erklärung in der Regel zu finden.

6. **Ist die Bedingung erfüllt**, so ist der Vertrag nunmehr für beide Teile mit voller Wirksamkeit zustandegekommen; ob mit rückwirkender Kraft, ist mit Rücksicht auf § 159 zu beantworten.

7. Die **Beweislast** ist die gewöhnliche der bedingten Geschäfte. S. auch Dernburg § 193 Anm. 7. Man wird dem auf Zahlung belangten Käufer den Beweis für die behauptete Bedingung aufzuerlegen haben. Muß er aber auch beweisen, daß sie durch Mißbilligungserklärung gescheitert sei? Ich möchte es mit Dernburg — so auch schon Thöl — gegen Staub zu § 382 Anm. 20 wenigstens nach erfolgter Übergabe der Ware annehmen. Denn die bloße Tatsache, daß sie sich beim Käufer befindet, spricht zunächst für sein Behaltenwollen, und an ihm ist es, diese Vermutung zu entkräften.

8. **Abs. 2** gibt dem Käufer einen — auch ohnedies wohl schon aus dem Prinzip des § 242 zu folgernden — Anspruch auf Gestattung einer Untersuchung der Kaufsache. Dies offenbar, damit er daraufhin seine Entscheidung treffen kann. Erfüllt der Verkäufer diese Pflicht nicht gutwillig, so kann der Käufer darauf klagen (wegen der Vollstreckung s. ZPO. § 888), event. treten auch die Folgen des Verzuges ein.

Die **Kosten** der Untersuchung trägt im Zweifel der Käufer, daß der Verkäufer sie zu tragen habe, folgt weder aus dem Wortlaut — er muß die Untersuchung nur „gestatten" — noch sprechen innere Gründe dafür.

§ 496.

Die Billigung eines auf Probe oder auf Besicht gekauften Gegenstandes kann nur innerhalb der vereinbarten Frist und in Ermangelung einer solchen nur bis zum Ablauf einer dem Käufer von dem Verkäufer bestimmten angemessenen Frist erklärt werden. War die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung übergeben, so gilt sein Schweigen als Billigung.

E. I 473, E. II 432, RV. 491. — Mot. S. 335—6, Prot. II S. 77—9.

1. Die Abrede im Sinne des § 495 bewirkt einen immerhin unerwünschten Schwebezustand, zu dessen tunlichster Abkürzung das Recht Handhaben zu bieten allen Anlaß hat. Meist wird schon im Vertrage selbst für den Akt der Billigung bezw. Mißbilligung eine Frist gesetzt sein. Dazu tritt aber als ergänzende Norm die Vorschrift des § 496, die inhaltlich dem Vorbilde des HGB. Art. 339 Abs. 3 und des SächsGB. § 1104 entspricht, während im Gemeinen Recht die Frage bestritten war (s. Windscheid II § 387 No. 13), und das Landrecht überhaupt keine gesetzliche, sondern nur eine durch den Richter zu bestimmende Frist kannte (I, 11, § 337).

2. Über den Begriff der **angemessenen Frist** s. § 250 und Bem. 3 dazu. Sie wird mangels Ausmachung im Vertrage gestellt durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung des Verkäufers gemäß §§ 130 ff., die den Zweck erkennen lassen muß.

Für die **Berechnung der Frist** gelten die Bestimmungen der §§ 186 ff.

3. **Die Wirkung des Fristablaufes ist verschieden geordnet:**

a) Nach dem Landrecht (§ 336 cit.) bewirkte er endgültiges Zustandekommen des Vertrages; nach dem HGB. und dem SächsBG § 1105 kam es darauf an, ob die Ware dem Käufer übergeben war oder nicht: ersterenfalls galt die Nichterklärung als Billigung, letzterenfalls im allgemeinen als Mißbilligung.

Dem folgt das BGB., indem es nach Übergabe der Sache „zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung" das Schweigen innerhalb der Frist als Billigung auffaßt, während sonst nach ihrem Ablauf die Billigung nicht mehr erklärt werden kann, d. h. die aufschiebende Bedingung als gescheitert, die auflösende als eingetreten gilt. Natürlich ist das nur dispositiv bestimmt: der Fall kann auch so liegen, daß das Schweigen innerhalb der Frist allgemein als Genehmigung aufzufassen ist (z. B. ich kaufe Bücher in der Weise, daß sie mir erst zugesandt werden sollen, wenn ich innerhalb von so und so viel Tagen nicht die bis dahin vorbehaltene Gegenordre gebe).

Was unter der „Übergabe" zu verstehen sei, ergibt sich aus §§ 854, 929, s. auch 446. Natürlich kann hier nicht allein eine Besitzübertragung gemeint sein, es muß eine Übergabe zur Gewahrsam (§ 855) genügen („zur Besichtigung"), erst recht natürlich eine solche zum unmittelbaren Besitze (§ 868).

2. Wiederkauf.

Vorbemerkung.

Literatur: Hahn, Der Wiederkauf, 1902; über die Konstruktion des Wieder- und Verkaufsrechts die Erlanger Dissert. von Burdorff, 1902.

1. **Bedeutung; Wirkung:** Die Wiederkaufsklausel ist eine gleichfalls den bestehenden Rechtsordnungen bereits geläufige Nebenrede beim Kauf, so für das GR. Windscheid II

§ 338 No. 7, für das Preußische Recht Landrecht I, 11, §§ 296, 311. Überall, insbesondere auch nach dem BGB., wird darin nicht etwa eine dem Kaufe beigefügte, dinglich wirkende Resolutivbedingung gesehen (Wiederaufhebung des Geschäftes bei Rückgabe des Preises oder der Sache), sondern ein obligatorisches Geschäft, das nur gegenüber dem andern Kontrahenten, nicht dritten wirkt, mögen auch die dritten von der Klausel Kenntnis haben. Ebenso steht auch einer Zwangsvollstreckung seitens dritter die Klausel nicht im Wege, vgl. § 499 Satz 2.

Auch durch Eintragung kann ein dingliches Wiederkaufsrecht an Immobilien nicht bestellt werden, anders als bei dem sonst verwandten Vorkaufsrecht gemäß §§ 1094—1104. Der Wiederkauf kann dinglich nur durch eine Vormerkung (§§ 883 ff.) gesichert werden.

Dagegen ist das obligatorische Wiederkaufsrecht der §§ 497 ff. gegenständlich nicht beschränkt, findet vielmehr bei allen Kaufobjekten statt.

2. **Rechtliche Natur**: Die Konstruktion des Wiederkaufes war bisher schwierig und bestritten und wird dies auch künftig bleiben, da das Gesetz eine Entscheidung solcher konstruktionellen Fragen nicht hat geben können und wollen. Insbesondere gibt die Bestimmung des § 497, daß der Wiederkauf mit der Erklärung des Verkäufers zustande komme, über die Natur nicht ohne weiteres Auskunft. Vielmehr ist zu sagen:

a) möglich wäre die Annahme eines **Vorvertrages** auf Abschluß eines demnächstigen Kaufes in umgekehrter Richtung. Aber dagegen spricht entscheidend, daß mit der einseitigen Erklärung des Berechtigten der umgekehrte Rechtszustand ohne weiteres eintritt, ohne daß es einer freiwilligen oder erzwungenen Einwilligung des Gegners bedürfte. Auch die Unnötigkeit einer Vertragsform für die neue Erklärung macht solcher Auffassung Beschwerde. So auch Schollmeyer S. 39.

b) denkbar wäre ferner die Konstruktion als **Rücktrittsrecht** oder ein diesem ähnliches **Recht des rechtlichen Könnens**. So faßt Schollmeyer S. 40—1 das Wiederkaufsrecht als ein in dem vertragsmäßigen Vorbehalt wurzelndes Erlösungsrecht. Ähnlich Burdorff aaO.; Landsberg S. 438, Turnau-Förster, Grundbuchrecht S. 514 Anm 6. Diese Auffassung vermeidet das Bedenken zu a) und ist auch sonst nicht geradezu unannehmbar, sofern man sich nur die immerhin vorhandenen Unterschiede gegenüber dem eigentlichen Rücktrittsrecht klarmacht; insbesondere die mit diesem unvereinbare Möglichkeit eines vom Kaufpreise verschiedenen Wiederkaufpreises. Aber immerhin spricht auch gegen die Annahme eines davon verschiedenen einseitigen Einlösungsrechts, daß durch dessen Ausübung keinenfalls ein Kauf zustande kommen könnte (so auch Schollmeyer selbst S. 41), was doch zu der gesetzlichen Bezeichnung des Rechtsgebildes als „Wiederkauf" schlecht stimmt. Will man an der vertragsmäßigen Entstehung der Pflichten aus dem Wiederkauf festhalten, so kann man die hier besprochene Auffassung nicht billigen; sie scheint bestenfalls ein Notbehelf. S. auch § 497: „so kommt der Wiederkauf... zustande."

Ferner ist es dieser Lehre bisher nicht gelungen, den Unterschied vom Rücktrittsrecht genügend klar abzugrenzen. Inzwischen muß man annehmen, daß sie zu einer entsprechenden Anwendung der Rücktrittsregeln auf die Pflichten aus dem Wiederkauf führe. Eine solche aber widerspricht dem Gesetz. Dieses stellt nur über die Folgen von Handlungen des Wiederkäufers vor Ausübung des Wiederkaufsrechts besondere Regeln auf, §§ 498—9; indem es über die späteren schweigt, gibt es deutlich zu erkennen, daß darüber die allgemeinen Regeln der gegenseitigen Verträge anwendbar sein sollen, insbesondere die §§ 323 ff. Dies im strikten Gegensatz zum Rücktrittsrecht, § 348, das nur einzelne dieser Regeln und auch sie nur entsprechend anwendbar sein läßt. Für eine ihm verwandte Gerechtsame wäre der unbestreitbare gegenteilige Standpunkt des Gesetzes beim Wiederkauf schwerlich zu erklären!

c) Verkünstelt und bedenklich scheint die Konstruktion bei Planck Nr. 3, der eine unwiderrufliche (nach § 503 event. 30 Jahre!!) **Kaufofferte** des ersten Verkäufers annimmt. Dagegen spricht auch die Unnötigkeit einer Wahrung der Geschäftsform bei der Wiederkaufserklärung, § 497 Abs. 1 Satz 2. Ähnlich wie Planck: Endemann § 162 Anm. 18, Hellmann KrVJSchr. **41** 227.

d) Die Aufl. 1 versuchte, den Wiederkauf als einen schon jetzt mit dem Kauf verbundenen **Rückkauf**, einen Rechtsakt umgekehrter Richtung zu erklären, der aber noch unter der Bedingung „si placuerit" steht, dem Kauf auf Probe vergleichbar, nur daß hier nicht der Käufer, sondern der Verkäufer nach seinem Belieben sich entscheiden, sowie von Rückziehung und dinglichem Rückfall des Eigentums nicht wohl die Rede

sein kann. Diese Grundanschauung — die ich übrigens keineswegs, wie Kober-Staudinger Nr. 3 meint, erst unter Anschluß an Enneccerus vertreten habe — hat seitdem viele Anhänger gefunden, besonders Enneccerus S. 618, ferner Crome § 227 Anm. 7, Hahn S. 33, Matthiaß S. 521, Oberneck, Grundbuchrecht S. 602—3, Kober-Staudinger aaO. Ähnlich schon vor mir Förster-Henle Nr. 3 (jetzt 4).

Für ganz zweifelsfrei kann ich sie freilich selbst nicht erachten. Es läßt sich dagegen geltend machen, daß der Wiederverkäufer wegen inzwischen eingetretener zufälliger Verschlechterungen keine Preisminderung beanspruchen kann (§ 498), was bei einem bedingten Rückkauf anders wäre (Schollmeyer aaO.). Aber nichts hindert uns, darin eine positive, überdies durch gute innere Gründe leicht zu rechtfertigende, Sonderbestimmung zu erblicken.

Jedenfalls harmoniert diese Konstruktion, wie mir scheint, besser als die andern mit den Bestimmungen des Gesetzes, besonders mit § 497 und der im Gesetz stillschweigend unterstellten Anwendbarkeit der Regeln des gegenseitigen Vertrages.

3. Das Wiederkaufsrecht unterliegt natürlich den allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit, namentlich den Bestimmungen über den Wucher (§ 138 BGB., § 302a RStGB. und dazu Koffka, Die Reichswuchergesetze S. 34—5), der unter der Maske des Rückkaufes nicht selten betrieben wird. S. auch EG. Art. 94 in Verbindung mit Gewerbeordnung § 34 Abs. 2 wegen der landesgesetzlichen Vorbehalte.

4. Neben dem Wiederkauf findet sich auch bisweilen ein Wiederverkauf, über den aber wegen seiner relativen Seltenheit und praktischen Belanglosigkeit das Gesetzbuch besondere Regeln zu geben unterläßt. Daß er immerhin dem Leben nicht fremd ist, dafür s. Eck S. 466 (Verkauf von Wein und Bier in Flaschen unter entsprechendem Vorbehalt). Auf derartige Geschäfte werden dann unter Umständen die §§ 497 ff. entsprechend anzuwenden sein, seltener und nur mit Vorsicht die §§ 345 ff. über den Rücktritt. S. auch Mot. S. 342 und die dort zitierten gesetzlichen Bestimmungen.

5. Ein **gesetzliches Wiederkaufsrecht** kommt im BGB. nicht vor, und seine Sätze sind nur auf das vertragsmäßige zugeschnitten. Das steht der Anerkennung gesetzlicher Wiederkaufsrechte für das Gebiet der vorbehaltenen Materien indes nicht im Wege; sie kommen hier in der Tat namentlich bei der Enteignung vor. So z. B. in Bayern nach Art. XII Abs. 4 des Bayer.Enteign.Ges. (s. darüber Oertmann, Bayer.LPR. S. 157 ff.); in Preußen dagegen ist das Wiederkaufsrecht des Enteigneten durch Ent.Ges. § 57 Abs. 1 — anders als sein Vorkaufsrecht, Abs. 2—3 daselbst — aufgehoben.

§ 497.

Hat sich der Verkäufer in dem Kaufvertrage das Recht des Wiederkaufs vorbehalten, so kommt der Wiederkauf mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, zu Stande. Die Erklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form.

Der Preis, zu welchem verkauft worden ist, gilt im Zweifel auch für den Wiederkauf.

E. I 476—7, E. II 433, RB. 492. — Mot. S. 339—42, Prot. II S. 81—2.

1. S. Vorbemerkung. Zu der dort gegebenen Konstruktion paßt die Bestimmung, daß der Wiederkauf nicht durch einen neuen Vertrag, sondern durch einseitige, empfangsbedürftige Erklärung im Sinne von §§ 130 ff. zu Stande kommt, diese Erklärung auch nicht der Vertragsform bedarf, selbst wenn ein selbständiger Kaufvertrag — etwa nach §§ 311, 313 — eine solche benötigt hätte.

2. **Die Ausmachung des Wiederkaufes** erfolgt in der Regel im alten Kaufvertrage. Nötig ist das nicht, es kann ein auch äußerlich selbständiges neues Geschäft dazu verwendet werden, s. Mot. S. 339; Planck Nr. 1. Dies m. E. ein neuer Beleg für die Richtigkeit der obigen Konstruktion.

3. **Der Preis** für den neuen Kauf ist der freien Vereinbarung überlassen, vorbehaltlich des in der Vorbem. Nr. 3 Gesagten. Nur im Zweifel ist er dem Preise des ersten Verkaufes nach der Auslegungsvorschrift des Abs. 2 gleich. S. auch § 501.

4. **Das Recht zum Wiederkauf** ist ein wohlerworbenes, nur von einer Potestativbedingung abhängiges Vermögensrecht. Es ist übertragbar und vererblich, auch mögliches Objekt der Zwangsvollstreckung wie des Konkursverfahrens.

§ 498.

Der Wiederverkäufer ist verpflichtet, dem Wiederkäufer den gekauften Gegenstand nebst Zubehör herauszugeben.

Hat der Wiederverkäufer vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts eine Verschlechterung, den Untergang oder eine aus einem anderen Grunde eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe des gekauften Gegenstandes verschuldet oder den Gegenstand wesentlich verändert, so ist er für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich. Ist der Gegenstand ohne Verschulden des Wiederverkäufers verschlechtert oder ist er nur unwesentlich verändert, so kann der Wiederkäufer Minderung des Kaufpreises nicht verlangen.

E. I 478, E. II 434, RV. 493. — Mot. S. 342—4, Prot. II S. 82—6.

Ähnlich dem Rücktrittsrecht der §§ 346 ff. bewirkt auch das ausgeübte Wiederkaufsrecht keinen dinglichen Rückfall der vollzogenen Leistungen, sondern nur obligatorische Verpflichtungen:

1. **Der Käufer** (Wiederverkäufer) **muß**

a) **den gekauften Gegenstand** nebst dem derzeitigen Zubehör (§ 97) **herausgeben**, nicht aber auch die Nutzungen der Zwischenzeit (§ 100) — denn sie gleichen sich mit den entgangenen Zinsen aus. Entw. I § 478 hatte das zum Überfluß noch besonders ausgesprochen (s. Mot. S. 343); im Gesetze findet sich darüber nichts ausdrücklich bestimmt, aber auch ohnedies ist es als den vermutlichen Absichten der Parteien allein entsprechend mit Bestimmtheit anzunehmen.

b) **Eine zufällige Unmöglichkeit der Zurückgabe** oder eine solche Verschlechterung der Kaufsache hat der Wiederverkäufer ebensowenig wie der Rücktrittsberechtigte zu vertreten. Ersterenfalls erlischt also das Wiederkaufsrecht restlos (so auch Landrecht I 11, § 301), letzterenfalls braucht der Wiederverkäufer sich deshalb den Preis nicht mindern zu lassen — mit Fug, denn der Wiederkäufer ist gegen solche Eventualitäten wegen der einfachen Möglichkeit, sein Recht nicht auszuüben, genügend geschützt. Eine Ausnahme davon begründet der Fall des § 501, insoweit der dann maßgebende Schätzungswert sich infolge der Verschlechterung mindert.

Übrigens kann auch Unkenntnis des Wiederkaufberechtigten von der vorher eingetretenen Verschlechterung ihm kein Recht auf Minderung verleihen; es bleibt ihm dafür nur das Recht, die abgegebene Erklärung des Wiederkaufs wegen Irrtums anzufechten, gemäß § 119. So auch Planck Nr. 3 Abs. 4.

c) Ist dagegen die Zerstörung oder Beschädigung des Gegenstandes durch **schuldhaftes Verhalten des Wiederverkäufers** eingetreten, so haftet er auf Schadensersatz. Für die Folgen einer von ihm vollzogenen „wesentlichen Veränderung" der Sache muß er sogar schlechthin ohne besonderes Verschulden aufkommen. Die juristische Rechtfertigung ergibt sich aus der Erwägung, daß er bereits ein bedingter Schuldner ist; der Satz ist also ein Analogon zu § 160, s. daher auch wegen des Umfanges und der juristischen Grundlage seiner Haftung die Bemerkung zu diesem Paragraphen. Der Ersatz selbst ist gemäß § 249 zu leisten. Der Wiederkäufer kann natürlich auch in Höhe seines Ersatzanspruches in Geld gegen den zu erstattenden Kaufpreis aufrechnen. Zweifelhaft ist, ob der Wiederkäufer nach Wahl an Stelle des Schadensersatzanspruchs, wie beim eigentlichen Kauf, Wandelung oder Minderung begehren könne. Dagegen Kipp=Windscheid S. 602; Schollmeyer S. 41. Aber abgesprochen ist ihm das Recht nicht; aus Abs. 2 Satz 2 (s. gleich unten), der die Minderung unter gewissen Fällen ausschließt, ist wohl zu Gunsten der anderen ein argumentum a contrario zu gewinnen. Von dem oben Vorbem. Nr. 2d eingenommenen Standpunkt aus sind ferner die nicht besonders ausgeschlossenen Kaufregeln offenbar auch auf den Wiederkauf im Zweifel

anzuwenden. Die Frage dürfte daher eher zu bejahen sein. Nur bei unwesentlichen, selbst vom Gegner zu vertretenden Veränderungen der Sache (über den Begriff „unwesentlich" s. Bem. 2b zu § 487) ist er nach Abs. 2 Satz 2 zur Minderung nicht berechtigt. Kann er aber in solchem Falle nicht wenigstens Naturalherstellung im Sinne von § 249 verlangen? Der Wortlaut des Gesetzes schließt das nicht aus, jedoch möchte die Zusammenstellung des Falles mit einer unverschuldeten Verschlechterung eher dagegen sprechen.

Wissen des Wiederkäufers von der Beschädigung bei Ausübung seines Rechtes ist auf seine etwaigen Ersatzansprüche natürlich, anders als nach § 460, einflußlos, Kipp-Windscheid S. 602.

d) Das bisher Gesagte bezog sich durchweg nur auf die Veränderungen usw. vor vollzogener Ausübung des Wiederkaufsrechtes; wegen der späteren gelten die allgemeinen Regeln über die gegenseitigen Verträge, s. §§ 323ff., und die Sondersätze über den Kauf, besonders auch § 446.

2. **Der Wiederkäufer** muß

a) **den vereinbarten Kaufpreis erstatten**, aber ohne Zinsen — entsprechend dem oben über die Nutzungen Gesagten, und weil das Geschäft nur für die Zukunft, nicht für die Vergangenheit umgestoßen werden soll. Auch in dieser Richtung enthielt Entw. I § 478 eine später als selbstverständlich gestrichene Sonderbestimmung.

b) Daneben muß er die etwa erhaltenen **Nebenleistungen** dem Käufer (Wiederverkäufer) zurückgeben; kann er das nicht, so muß er dafür nach Analogie des in Nr. 1c Bemerkten (s. auch für diese Auffassung weitere Belege in § 487 Abs. 2 und mittels argumentum a contrario in § 351) Ersatz leisten, falls ihn ein Verschulden dabei trifft. Zu weit gehend hatte Entw. I § 479 dafür völligen Verlust des Wiederkaufsrechtes angeordnet, obwohl es sich doch nur um nebensächliche Leistungen handeln kann. Darum wird auch § 139 hier kaum anwendbar sein (anders Planck aaO.).

Ist derlei nach Ausübung des Wiederkaufes vorgekommen, so gelten die Bestimmungen der §§ 280 Abs. 2, 323 (bei Zufall) und 325 Satz 2 (bei Verschulden des Wiederkäufers).

c) wegen **notwendiger Verwendungen** hat er dabei dem Gegner nicht aufzukommen, entsprechend dem zu §§ 446, 450 Gesagten; wegen anderer Verwendungen s. § 500.

3. Die Leistungen des einen wie des anderen Teiles stehen im synallagmatischen Abhängigkeitsverhältnis und sind **Zug um Zug zu erfüllen**; der Klage des nicht seinerseits zur Erfüllung bereiten Teiles kann der andere die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenstellen.

§ 499.

Hat der Wiederverkäufer vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts über den gekauften Gegenstand verfügt, so ist er verpflichtet, die dadurch begründeten Rechte dritter zu beseitigen. Einer Verfügung des Wiederverkäufers steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt.

E. I 478[1], E. II 434[3], RB. 494. — Mot. S. 342—4, Prot. II S. 82—6.

1. Die Bestimmung des **§ 499 Satz 1** ist zum großen Teil nur eine besondere Anwendung des in § 498 aufgestellten Prinzips auf den Fall eines bloß subjektiven Unvermögens zur Herausgabe des Kaufgegenstandes; denn eine Verfügung, die der Käufer trotz des ihm doch normalerweise bekannten Wiederkaufsrechtes über die Sache vornimmt, erscheint im Sinne von § 498 ohne weiteres als „schuldhaft". Aber auch wenn der Wiederverkäufer ausnahmsweise vom Wiederkaufsrecht nichts weiß (z. B. als Erbe des ersten Käufers), muß er für die von ihm vorgenommene Verfügung aufkommen.

Eine positive Erweiterung erfährt diese Pflicht noch durch **Satz 2**, der dem § 353 Abs. 2 beim Rücktritt nachgebildet ist. Der Wiederverkäufer hat auch einzustehen für Verfügungen über den Gegenstand, die

a) im Wege der Zwangsvollstreckung (nach ZPO. §§ 704ff., bei Immobilien nach dem Zwangsversteigerungsgesetz vom 24. III. 1897);

b) im Wege der Arrestvollziehung (nach ZPO. §§ 916 ff.);
c) durch den Konkursverwalter (KO. §§ 126 ff.),
also ohne, ja normalerweise sehr gegen den Willen des Wiederverkäufers erfolgt sind.

2. **Wirkung.** Im Gegensatz zu § 498 wird dem Wiederverkäufer hier an erster Stelle nicht eine Schadensersatzpflicht, sondern eine Wegschaffungspflicht wegen der durch die Verfügung entstandenen Rechte des dritten aufgebürdet. Kann er dieser nicht genügen, so muß er freilich Ersatz leisten; dies gemäß §§ 283, 284 ff., 325—6 (so auch Landrecht I 11, §§ 298 ff., Mot. S. 343).

§ 500.

Der Wiederverkäufer kann für Verwendungen, die er auf den gekauften Gegenstand vor dem Wiederkaufe gemacht hat, insoweit Ersatz verlangen, als der Wert des Gegenstandes durch die Verwendungen erhöht ist. Eine Einrichtung, mit der er die herauszugebende Sache versehen hat, kann er wegnehmen.

E. I 479³, E. II 435, RV. 495. — Mot. S. 344, Prot. II S. 87—8, VI S. 173.

1. **Allgemeines:** Schon zu § 498 Nr. 2c wurde bemerkt, daß der Wiederverkäufer nicht wegen aller, sondern nur wegen gewisser Verwendungen Ersatz verlangen kann. Nämlich:

a) er kann ihn verlangen nur wegen der nützlichen Verwendungen, soweit durch sie der **Wert des Gegenstandes erhöht ist.** Also

α) es kommt nicht auf die deswegen ausgelegten Kosten, sondern auf die Werterhöhung an; diese kann geringer, unter Umständen aber auch größer sein als jene.

β) der „Wert des Gegenstandes" muß erhöht sein. Es kommt also an auf den **objektiven Wert**, nicht auf den davon möglicherweise verschiedenen subjektiven (Gebrauchs-) Wert oder das Interesse des Wiederverkäufers. Auch Verwendungen, die dieser nach seinen persönlichen Verhältnissen nicht gemacht hätte, sind insoweit zu ersetzen. Wegen einer chikanösen Vornahme unverhältnismäßiger Verwendungen, die dem Wiederkäufer die Ausübung seines Rechtes verleiden soll, darf der Wiederverkäufer gemäß §§ 226, 242 keinen Ersatz fordern; darin würde unter Umständen selbst eine ihn verantwortlich machende „wesentliche Veränderung" (§ 498 Abs. 2) gesehen werden können.

γ) Auf welchen Zeitpunkt wird bei Berechnung der Werterhöhung gesehen? Das Perfektum „erhöht ist" (nicht: wurde) deutet darauf hin, daß nur eine zur Zeit der Geltendmachung des Wiederkaufsrechtes noch andauernde Werterhöhung in Rücksicht zu ziehen sei, und dafür sprechen auch sachliche Erwägungen. Es ist also zu vergleichen der Wert, den die Sache nunmehr unter dem Einfluß der Verwendungen hat, mit dem, den sie jetzt ohne sie haben würden. Dagegen ist nicht entscheidend die Zeit der Herausgabe, sondern nur die des Wiederkaufes selbst, Prot. S. 88. Wie hier auch Kober-Staudinger Nr. 2.

b) Wegen notwendiger Verwendungen kann der Wiederverkäufer keinen Ersatz verlangen, denn „er hat sie präsumtiv im eigenen Interesse gemacht", Mot. S. 344. Hätte er sie unterlassen, so würde der Wiederkauf, zum mindesten faktisch, ausgeschlossen sein; es enthielte also eine unzulässige Doppelbelohnung, wenn der Wiederverkäufer nunmehr den Kaufpreis und ihre Erstattung erhielte. So geradezu Entw. I § 479 Abs. 3, dessen spätere Streichung an diesen Erwägungen nichts ändern kann; s. auch die Bem. zu § 490 Nr. 1a. Anders begründet Planck Nr. 1 das Ergebnis; weil der Wiederverkäufer nach § 498 Abs. 2 Satz 1 zu diesen Verwendungen verpflichtet gewesen sei. Das trifft doch wohl nur dann allgemein zu, wenn er die Notwendigkeit der Verwendungen selbst verschuldet hatte, sonst höchstens je nach den besonderen Umständen des Falles.

Anders nur, insoweit die Verwendung neben der Erhaltung auch eine Verbesserung der Sache darstellte (z. B. das alte baufällige Haus ist durch eine durchgreifende Reparatur erheblich im Werte erhöht worden). Dann ist die Verwendung, soweit sie über das zur Konservierung nötige Maß hinausging, zum überschießenden Betrage nach Bem. a) zu erstatten.

c) Wegen Luxus- und solcher nützlicher Verwendungen, die nach a) nicht zu ersetzen sind, hat der Wiederverkäufer nach Satz 2 ein **Wegnahmerecht**, falls sie eine Einrichtung darstellen. Daß er dieses Wegnahmerecht nur einredeweise gegenüber dem Herausgabeanspruch ausüben könne, ist nicht gesagt; vielmehr wird einer nachträglichen klageweisen Geltendmachung nichts im Wege stehen. Er kann aber auch solche Einrichtungen, deretwegen er Ersatz verlangen könnte, wegnehmen, natürlich nur unter Verzicht auf den sonst zustehenden Ersatzanspruch.

Die **„Wegnahme der Einrichtung"** erfolgt in beiden Fällen nach den Vorschriften von § 258.

d) **Im Falle von § 501** sind überhaupt keine Verwendungen zu ersetzen.

2. **Wegen des Verwendungsanspruches** s. auch §§ 256 (Verzinsung) und 257. Der Berechtigte hat deswegen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus § 320, wenigstens nach der hier vertretenen Konstruktion des Wiederkaufes. Wer darin nur die Ausübung eines Kannrechts sieht, für den dürfte statt dessen die Heranziehung des allgemeinen Zurückbehaltungsrechts aus § 273 näher liegen.

3. **Eine Aufrechnung der gezogenen Nutzungen** gegen seinen Verwendungsanspruch braucht sich der Wiederverkäufer nicht gefallen zu lassen — denn dafür ist ihm ja auch inzwischen die Nutzung des Kaufgeldes entgangen.

Andererseits aber kann er natürlich nur wegen der auf den Kaufgegenstand selbst gemachten, der sog. Kapitalverwendungen, Ersatz verlangen, nicht wegen der regelmäßigen, auf die Fruchtgewinnung gemachten. Das ergibt Wortlaut wie Sinn der Bestimmung.

4. § 500 bezieht sich nur auf die vor Ausübung des Wiederkaufsrechtes entstandenen Verwendungen; wegen späterer gilt die Regel des § 450, s. Bem. dazu.

§ 501.

Ist als Wiederkaufpreis der Schätzungswert vereinbart, den der gekaufte Gegenstand zur Zeit des Wiederkaufs hat, so ist der Wiederverkäufer für eine Verschlechterung, den Untergang oder die aus einem anderen Grunde eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe des Gegenstandes nicht verantwortlich, der Wiederkäufer zum Ersatze von Verwendungen nicht verpflichtet.

E. I 480, E. II 436, RB. 496. — Mot. S. 344, Prot. II S. 92.

1. Die Möglichkeit einer Preisbestimmung in der im § 501 angegebenen Art ist schon durch das zu § 497 Nr. 3 Gesagte festgestellt. Gemeint ist dabei wieder der objektive Wert, den die Sache für alle, nicht der subjektive, den sie nur gerade für einen der Beteiligten haben wird.

2. Bei einem derartigen Ansatz des Wiederkaufspreises sollen **zwei Besonderheiten** eintreten:

a) Der Wiederverkäufer soll für Verschlechterungen, Untergang der Sache und sonstige, ihre Herausgabe unmöglich machende Ereignisse überhaupt nicht haften, mögen sie selbst verschuldet sein; ebensowenig natürlich für bloße Veränderungen, Goldmann-Lilienthal S. 522;

b) umgekehrt soll er auch keinen Anspruch haben wegen Verwendungen irgend welcher Art.

Der Grund ist für beide Sätze offenbar der, daß jener die Folgen der einen wie der anderen Handlungsweise in der dadurch gegebenen Verminderung oder Erhöhung des Schätzungswertes ohnedies im schlechten wie im guten Sinne zu tragen haben wird.

Das Wegnahmerecht wird auch hier anzunehmen sein (§ 500 Satz 2), so auch Planck Abs. 2, anders freilich Goldmann-Lilienthal S. 522. Aber wenn sogar dem Mieter, der doch auch eine bewußt fremde Sache verwendet hat, nach § 547 Abs. 2 Satz 2 das Wegnahmerecht zusteht, so liegt hier für seine Versagung erst recht kein Grund vor.

3. Wie steht es aber im Fall des § 501 mit den **Pflichten des Wiederverkäufers aus § 499?** Wörtlich ist er von ihnen nicht entbunden, und darum lassen Planck zu § 501, Goldmann-Lilienthal S. 521 und Fischer-Henle No. 2 ihn auch hier in dieser Richtung haften. Mit anderen Worten: er ist nach § 501 nur frei von den Folgen einer Unmöglichkeit, von denen des Unvermögens dagegen wenigstens dann nicht, wenn es durch seinen eigenen Verfügungungsakt hervorgerufen ist. Dafür läßt sich anführen, daß der Wiederverkäufer nach § 499 im Vergleich zu § 498 durch bloß subjektives Unvermögen der Rückgabe überhaupt weniger leicht, als durch objektive Unmöglichkeit derselben, befreit werden soll.

Allerdings erscheint es auf den ersten Blick hart, daß der Wiederverkäufer alsdann möglicherweise vollen Ersatz leisten müßte, während er durch schuldhafte Zerstörung der Sache frei wird. Aber andererseits wird er durch die Verfügung vielfach, ja in der Regel Vorteile erlangt haben, was bei der Beschädigung nicht der Fall ist, Hahn S. 105. Somit überwiegen wohl die für die Bejahung sprechenden Gründe. So auch Prot. II S. 92.

4. Trotz des nicht zweifelsfreien Wortlautes liegt es auf der Hand, daß auch die Bestimmungen des § 501 sich nur auf Vorkommnisse aus der **Zeit vor dem ausgeübten Wiederkauf** beziehen; wegen späterer kommen einerseits die zu § 498 Bem. 2b angegebenen Paragraphen, andererseits § 450 zur Anwendung.

§ 502.

Steht das Wiederkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im ganzen ausgeübt werden. Ist es für einen der Berechtigten erloschen, oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die übrigen berechtigt, das Wiederkaufsrecht im Ganzen auszuüben.

E. II 437, RV. 497. — Prot. II S. 91.

1. Der Satz des § 502 Satz 1 entspricht dem Landrecht (I, 11, § 320) und dem SächsGB. (§ 1135); der erste Entwurf hatte ihn sogar als „selbstverständlich" betrachtet und daher weggelassen, s. Mot. S. 341. Er harmoniert auch mit den gleichartigen Sätzen beim Rücktrittsrecht (§ 356), bei der Wandelung und beim Vorkaufsrecht (§ 513).

§ 502 findet Anwendung, mögen die Mehreren schon von Anfang an beteiligt gewesen oder erst später, etwa durch Erbgang, eingetreten sein.

2. Eine Abweichung gegenüber dem Rücktritts- und Wandelungsrecht bringt dagegen der **Satz 2**. Ist das Recht für einen erloschen oder übt er es nicht aus, so geht dasselbe nun nicht etwa den Übrigen verloren, sondern kann jetzt von ihnen „im ganzen" ausgeübt werden.

Wollen sie das tun, so müssen sie beweisen, daß eine jener beiden Alternativen für den Ausgeschiedenen eingetreten ist. Zu bemerken ist dazu:

a) wann „der eine der Berechtigten" das Recht verloren habe, ergibt sich vor allem aus § 503; ferner erlischt es durch Verzicht, bei unvererblichem Wiederkaufsrecht durch den Tod usw.

b) wann eine bloß faktische Nichtausübung durch die Andern vorliege, ist Tatfrage. Jedenfalls genügt eine einseitige Erklärung (im Sinne von § 130) dazu, mag sie dem Wiederverkäufer oder den andern Wiederverkäufern gegenüber abgegeben sein. Aber auch ein bloßes Stillschweigen auf eine ihnen von den Mitberechtigten zugegangene Aufforderung zur Beteiligung wird im Einzelfall leicht als „Nichtausübung" im Sinne des Paragraphen anzusehen sein.

3. Kann das Recht auch umgekehrt **nur gegen die mehreren Verpflichteten** gemeinsam ausgeübt werden? Eine begriffliche oder praktische Notwendigkeit liegt nicht vor, auch enthält das BGB. keine positive Satzung dieses Inhalts. Jedoch ist möglicherweise im Vertrage ausdrücklich oder stillschweigend eine solche Unteilbarkeit ausgesprochen; sie wird z. B. ohne weiteres unterstellt werden können, wenn mehrere Gesellschafter den Gegenstand für die Sozietät, also zu gesamthänderischem Miteigentum, erstanden haben. Kuhlenbeck und Kober-Staudinger Nr. 4 verweisen weitergehend auf die Analogie des § 356, die m. E. möglich aber nicht zwingend ist.

§ 503.

Das Wiederkaufsrecht kann bei Grundstücken nur bis zum Ablaufe von dreißig, bei anderen Gegenständen nur bis zum Ablaufe von drei Jahren nach der Vereinbarung des Vorbehalts ausgeübt werden. Ist für die Ausübung eine Frist bestimmt, so tritt diese an die Stelle der gesetzlichen Frist.

E. II. 438, RV. 498. — Prot. II S. 88—90.

1. Im ersten Entwurf waren keine besonderen Bestimmungen über die Beendigung des Wiederkaufsrechtes enthalten, von der mit dem Landrecht (s. Mot. S. 342) übereinstimmenden Erwägung aus, daß dabei die gewöhnlichen Verjährungsvorschriften in Betracht kämen. Dagegen ist durch den Entwurf II der jetzige § 503 eingeführt.

Die darin festgesetzte **Frist** ist als eine **Ausschluß-, nicht als eine Verjährungsfrist** anzusehen; das ergibt Wortlaut und Sinn des Paragraphen — es soll ja ein für allemal der Zeitablauf entscheiden! Darum kommen hier, anders als bei der Verjährung, Unterbrechungen und Hemmungen des Fristenlaufes nicht in Betracht. S. im übrigen wegen des Beginnes, Laufes und Beendigung der Frist §§ 186 ff.

Indes kann die Frist nach Satz 2 im Vertrage anderweit bestimmt werden, und es wird das vielleicht die Regel bilden. Die Frist des § 503 stellt also, auch dies im Gegensatz zur Verjährung, nur eine dispositive Vorschrift dar.

Daneben vollzieht sich eine Verjährung der aus dem vollzogenen Wiederkauf entstandenen Ansprüche nach den gewöhnlichen Regeln.

3. Vorkauf.

Vorbemerkung.

Literatur: Eduard Jäger, Das Vorkaufsrecht nach Gem. Recht, 1893. — Burdorff, in der vor § 497 genannten Diss.; Binder, Stellung des Erben III S. 118 ff.

1. Die §§ 504 ff. handeln vom persönlichen, **obligatorischen Vorkaufsrecht, nicht** von dem dinglichen, auf Grund deutschrechtlicher Anschauungen ausgebildeten Vorkaufs- oder Retraktrecht, das vielmehr in strenger Scheidung davon erst in den §§ 1094 ff. behandelt wird. Diese Scheidung war bereits im Gem. Recht (s. Windscheid II § 388 Nr. 2) und SächsGB. (§§ 118, 124) klar durchgeführt, während sie im Landrecht dadurch verdunkelt wurde, daß dieses den Besteller des Vorkaufsrechtes zur Bewilligung einer Eintragung im Grundbuch zwecks Erzielung dinglicher Wirkung für verpflichtet erklärte, s. Dernburg, Privatrecht I § 380, Mot. S. 344—5.

Das Vorkaufsrecht der §§ 504 ist **nicht**, wie das der §§ 1094 ff., auf **Immobilien beschränkt**, sondern auch bei **Mobilien** und darüber hinaus bei allen **„Gegenständen"** am Platze, die verkauft werden können, s. Vorbem. 1b vor § 433.

2. **Begründung:** Im Gegensatz zu dem nur in einem ersten Kaufvertrage vorzubehaltenden (s. § 497: „hat sich der Verkäufer in dem Kaufvertrage") Wiederkaufe kann das Vorkaufsrecht nicht etwa nur in einem Kaufgeschäft begründet, sondern auch in einem anderen Vertrage (z. B. Tausch, Schenkung), einer letztwilligen Verfügung ausbedungen werden, möglicherweise auch auf gesetzlicher Bestimmung beruhen. Dem BGB. selbst sind freilich gesetzliche Vorkaufsrechte nicht bekannt, mit Ausnahme nur des, besonders geregelten, insbesondere auch gegen den Käufer wirkenden, Vorkaufsrechtes der Miterben (§§ 2034—5); darüber hinaus können aber solche innerhalb der vorbehaltenen Gebiete landesrechtlich bestehen bleiben: für das Gebiet des Preußischen Rechts würde dahin gehören das VR. des Enteigneten, s. Enteignungsgesetz vom 11. VI. 74, § 57 Abs. 2 3, Berggesetz vom 24. VI. 65, § 141, dazu Dernburg, Privatrecht I § 380 No. 9; denn das Enteignungsrecht zählt nach Art. 109, das Bergrecht nach Art. 67 des EG. zu den vorbehaltenen Materien. Ob und inwieweit dafür in Zukunft die Sätze der §§ 504 ff. anwendbar sein werden, ist aus Art. 4 EG. zu beantworten, s. auch Mot. S. 345.

3. **Die juristische Konstruktion** ist, wie die des Wiederkaufsrechtes, schwierig und bestritten und bei der Beratung des BGB. absichtlich offen gelassen. S. über die verschiedenen Ansichten Jäger S. 4.

a) Nach Goldschmidt (ZHR. I S. 273) liegt darin ein Vorvertrag, pactum de contrahendo, bedingt einmal durch den Abschluß des Kaufes, zum andern durch das „si volet" des Berechtigten; mit dessen Erklärung verwandle sich das pactum von selbst in den Kaufvertrag.

Das scheint mir einen inneren Widerspruch zu enthalten, denn wie kann sich das einseitig-verpflichtende pactum durch bloße Erklärung in einen gegenseitigen Vertrag verwandeln? Diese auch in § 505 anerkannte Wirkung erklärt Goldschmidts Theorie nicht. Zwar **Dernburg** § 196, I, V versucht sie dadurch zu retten, daß er die Notwendigkeit einer Verurteilung des Verpflichteten zur Einwilligung als „aus praktischen Gründen" beseitigt erachtet. Aber es geht nicht an, eine Konstruktion festzuhalten, deren maßgebendstes Kennzeichen dem Gesetze fremd ist. Die praktischen Rücksichten des Gesetzes haben dann mit jenem auch die Konstruktion entwurzelt!

b) Ganz falsch wäre die Ansicht, wonach durch **cessio legis** der Berechtigte, wenn er will, in das mit dem dritten eingegangene Kaufverhältnis eintrete; dagegen spricht u. a. entscheidend der § 505 Abs. 2; der auf die gegenteilige Anschauung hinweisende § 482 Abs. 2 der ersten Lesung wurde deshalb im Entwurf II gestrichen.

c) Nach Planck Nr. 4 akzeptiert der Berechtigte, ähnlich wie beim Wiederkauf, in Ausübung des VR. einen bis dahin bindenden **Vertragsantrag** des Gegners. So auch Türcke-Riedenführ Nr. 1, ähnlich Endemann § 69 Anm. 1, § 162 Anm. 38 (der Abschluß des Vertrages mit dem dritten wirke kraft des Verkaufsrechts dem Berechtigten gegenüber als Vertragsantrag, den der Berechtigte durch seine Erklärung annehme). S. dagegen das oben vor § 497 Nr. 2c Bemerkte.

Am ehesten wäre diese Konstruktion in der besonderen Endemannschen Abart annehmbar. Aber sie geht im Grunde über die Offertentheorie hinaus — was nützt es für die Konstruktion, wenn das der Offerte nur gleichwirkt, was eine solche eben nicht ist?

d) Schollmeyer S. 42, ebenso Binder aaO. S. 119, Burdorff aaO., Landsberg S. 439, wohl auch Oberneck, Grundbuchrecht S. 602—3 verwerten auch hier, wie beim Wiederkauf, die Annahme eines dem Rücktrittsrecht verwandten Kannrechts, des „Einlösungsrechts". Auch gegen diese, sonst ansprechende, Theorie, ist auf das oben (§ 497 Nr. 2) Gesagte als entsprechend verwendbar zu verweisen. Das Gesetz läßt eben in § 505 Abs. 2 durch die Erklärung einen „Kauf" zustande kommen; mit Binder zwischen Kaufobligation und Kaufvertrag zu unterscheiden, erscheint schwer möglich — fehlt dieser, so ist auch nicht diese, sondern höchstens eine ihr gleichzubehandelnde Schuld entstanden.

e) Nach meiner Meinung (s. vor § 497 Nr. 2d) liegt das eigentlich konstitutive Moment für die durch Ausübung des VR. hervortretende Gerechtsame, ähnlich wie beim Wiederkauf, in dem alten (hier nicht notwendigen Kauf-) Vertrage, genauer **einem ihm von vornherein beigefügten actus contrarius.** Nur steht dieser hier nicht, wie beim Wiederkauf, unter einer, sondern unter zwei Bedingungen:

α) Abschluß eines neuen Kaufvertrages zwischen dem bedingt Verpflichteten und einem dritten.

β) der entsprechenden Erklärung, dem „placere" des Berechtigten.

Ähnlich Crome § 228 Nr. 1, Enneccerus S. 621, Kober-Staudinger Vorbem. vor § 504 Nr. II, 5.

Bedenklich möchte nur sein, daß jener bedingte Akt noch keinen bestimmten Inhalt hat, diesen vielmehr erst aus einem künftigen Ereignis empfängt. Aber wenn es genügt, daß der Kaufpreis durch ein späteres Ereignis bestimmbar ist (s. § 453 und Bem. dazu, auch § 501: Wiederkauf zu dem doch auch derzeit noch nicht feststehenden demnächstigen Schätzungspreis), so dürfte dies Bedenken nicht durchschlagen.

Bedeutsamere Bedenken ergeben die Möglichkeiten letztwilliger (§ 2034) und gesetzlicher Vorkaufsrechte; sie erscheinen mir schwerwiegend genug, um mich an der Richtigkeit meiner Konstruktion einigermaßen zweifeln zu lassen. Aber sie hat immerhin weniger Bedenken als eine andere gegen sich; daß sie für die außervertragsmäßigen Vorkaufsrechte nicht paßt, ist kein unbedingt zwingender Beweis gegen ihre Verwertbarkeit bei den weitaus häufigeren vertragsmäßigen.

Jedenfalls scheint mit ihr allein vereinbar, daß die Ausübung des Vorkaufsrechtes durch einseitige Erklärung zustande kommt und nicht der etwaigen Form des (selbständigen) Kaufvertrages bedarf, während andererseits der auf Einräumung eines Vorkaufsrechtes gerichtete (selbständige oder einem ersten Verkauf beigefügte) Vertrag der etwaigen Form des Veräußerungsgeschäftes benötigt, s. Prot. S. 98—9.

4. Die Regeln des § 504 sind natürlich nur dispositiv, anders als die des dinglichen Vorkaufsrechtes (Mot. S. 245).

§ 504.

Wer in Ansehung eines Gegenstandes zum Vorkaufe berechtigt ist, kann das Vorkaufsrecht ausüben, sobald der Verpflichtete mit einem dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat.

E. I 481[1], E. II 439[1] RV. 499. — Mot. S. 344—5, Prot. II S. 93—7.

§ 504 handelt von den **Voraussetzungen**, unter denen das Vorkaufsrecht zur Realität gelangen kann:

1. **Abschluß** eines Kaufes. Dieser muß also im Sinne von § 433ff. bereits wirklich und fest abgeschlossen sein; abgelehnt ist die Ansicht von Windscheid (II § 388 No. 9), wonach nur das Angebot eines dritten erfordert wird. S. Mot. S. 345, Jäger S. 81ff. Nichtigkeit und durchgeführte Anfechtbarkeit des Kaufes machen auch die Ausübung des Vorkaufsrechtes unwirksam.

2. Abschluß eines **Kaufes**. Dieses Erfordernis bestimmt § 504 klipp und klar. Die Lehre Jägers (S. 47), wonach auch ein anderes auf denselben wirtschaftlichen Effekt abzielendes Geschäft genüge, wird daher im Sinne des BGB. schwerlich anzuerkennen sein (so auch Mot. S. 345 und das Vorbild des Landrechts I. 20, § 568). Es wäre indes möglich, daß sich eine spätere freiere Auslegung über den bedenklichen Wortlaut wenigstens in den Fällen hinwegsetzen wird, wo dieser den Interessen der Parteien nicht gerecht wird, erforderlichenfalls unter Zuhilfenahme eines als auf die Gleichstellung derartiger Akte mit wahren Käufen gerichtet zu unterstellenden stillschweigenden Parteiwillens.

3. Auch ein **bedingter Kauf** ist immerhin ein Kauf, genügt also zum Eintritt der Berechtigung, s. auch §§ 505 Abs. 2, 506. Dabei muß natürlich der Berechtigte in die Bedingung eintreten, anders nur nach § 506 zit.

4. Ein **teilweiser Kauf** ist wenigstens geeignet, das wegen des Ganzen bestehende Vorkaufsrecht in Ansehung des Teiles in Geltung treten zu lassen, s. Mot. S. 346.

5. Mit dem Eintritt dieser Vorbedingungen hat der Berechtigte einen festen Anspruch auf Ausübung seines Vorkaufsrechtes gewonnen; ein etwaiger Rücktritt der Kontrahenten kann ihm diese Anwartschaft nicht mehr nehmen, außer wenn er von vornherein im Vertrage vorbehalten war.

Auch dadurch wird das Recht des Vorkaufsberechtigten nicht in Frage gestellt, daß er etwa nachweislich die Absicht hat, den Gegenstand selbst nicht zu behalten oder sogar dem Verkäufer wieder in die Hände zu spielen, um diesen damit seiner Vertragspflichten gegen den dritten zu entheben. So mit Recht RG. ZS. V vom 13. IV. 1904 bei Seuffert 59 Nr. 200 S. 355.

§ 505.

Die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Verpflichteten. Die Erklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form.

Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem dritten vereinbart hat.

E. I 482, E. II 439[2], RV. 500. — Mot. S. 346—8, Prot. II S. 97—100.

§ 505 handelt von **Form und Wirkungen der Ausübung** des Vorkaufsrechtes:

1. Es wird ausgeübt durch eine einseitige, empfangsbedürftige **Erklärung** (im Sinne von §§ 130 ff.) **des Berechtigten gegenüber dem Verpflichteten.** Eine Erklärung gegenüber dem dritten Käufer kann nicht als genügend angesehen werden, er müßte denn vom Verpflichteten Vollmacht zur Entgegennahme der Erklärung erhalten haben.

Mehrere Berechtigte müssen sich sämtlich erklären, s. § 513 und Bem. dazu.

2. Mit der Erklärung zu 1) kommt ein Kaufvertrag zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten zustande, und zwar unmittelbar, ohne daß es eines neuen selbständigen Vertragsschlusses bedürfte. Nicht etwa wird der Vertrag zwischen dem Berechtigten und dem dritten geschlossen, oder tritt jener an Stelle des dritten in dessen Vertrag zu denselben Bedingungen ein. Wäre das der Fall, so würden dem Verkäufer die vom dritten etwa bestellten Bürgen und Pfänder auch wegen seiner nunmehrigen Ansprüche gegen den Vorkaufsberechtigten haften, wovon in Wahrheit doch nicht die Rede sein kann.

Von nun an hat der Berechtigte die Ansprüche, aber auch die Pflichten eines wahren Käufers; der Verkäufer hat ihm wegen Unmöglichkeit der Leistung, wegen rechtlicher und faktischer Mängel des Kaufgegenstandes nach allgemeinen Regeln einzustehen. Das ist insbesondere bedeutsam für den Fall, daß der Verkäufer den Gegenstand bereits dem dritten zu Eigentum übertragen und sich damit zur Lieferung desselben an den Berechtigten außer Stand gesetzt hat. Das kann (als bloß subjektives Unvermögen) den Pflichtigen von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Berechtigten nicht befreien. Kann er den Gegenstand vom dritten nicht zurückerwerben, so haftet der Käufer dem Berechtigten auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

3. Daß von vornherein oder auch später zwischen den Beteiligten anderweite Vereinbarungen getroffen werden können (s. Mot. S 347), bedarf kaum der Erwähnung.

4. Auf den Vertrag zwischen dem Verpflichteten und dem dritten wirkt die Ausübung des Vorkaufsrechtes mangels besonderer Abmachung in keiner Weise ein.

§ 506.

Eine Vereinbarung des Verpflichteten mit dem dritten, durch welche der Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig gemacht oder dem Verpflichteten für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts der Rücktritt vorbehalten wird, ist dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam.

E. I 481², E. II 440, RV. 501. — Mot. S. 346, Prot. II S. 97.

S. Bem. 3 zu § 504. Die Bestimmung ist eigentlich selbstverständlich, da ja bei der gegenteiligen Gestaltung das Vorkaufsrecht in jedem Falle durch einen hinterlistigen Kniff unwirksam gemacht werden könnte.

Ungültig ist deshalb eine solche Klausel unter den Parteien natürlich nicht, sondern nur den Berechtigten gegenüber unwirksam; sie ist sogar für den Verpflichteten sehr ratsam, um sich der sonst drohenden Gefahr zu entziehen, zwei verschiedenen Käufern wegen desselben Gegenstandes verpflichtet und je nachdem ersatzpflichtig zu sein.

§ 507.

Hat sich der dritte in dem Vertrage zu einer Nebenleistung verpflichtet, die der Vorkaufsberechtigte zu bewirken außer Stande ist, so hat der Vorkaufsberechtigte statt der Nebenleistung ihren Wert zu entrichten. Läßt sich die Nebenleistung nicht in Geld schätzen, so ist die Ausübung des Vorkaufsrechts ausgeschlossen; die Vereinbarung der Nebenleistung kommt jedoch nicht in Betracht, wenn der Vertrag mit dem dritten auch ohne sie geschlossen sein würde.

E. I 484¹, E. II 441, RV. 502. — Mot. S. 348—9, Prot. II S. 101—4.

1. Da das Vorkaufsrecht nur einem Kaufe, nicht einem andern Vertrage gegenüber zur Anwendung kommt (§ 504), so möchte die Geltung an sich zweifelhaft erscheinen, wenn beim Kaufe im Sinne von § 473 neben dem Preise andere Leistungen bedungen sind. Derlei Zweifel schließt § 507 aus. Er bestimmt zugleich:

a) kann auch der Vorkaufsberechtigte die Nebenleistungen bewirken, so ist er zwecks Ausübung seines Rechtes zu ihrer Vornahme verpflichtet.

Wann das der Fall sei, bestimmt sich einerseits nach dem zu § 267 Gesagten, andererseits danach, ob der Vorkaufsberechtigte zur Ausführung dieser Leistungen die subjektive Fähigkeit besitzt. Daß diese und nicht eine objektive gemeint ist, ergibt der Wortlaut: „soweit er außer Stande ist". Trifft das zu, so kann auch die objektiv vertretbare Leistung von ihm nicht erzwungen werden.

b) Andernfalls muß er ihren Wert entrichten, und zwar ist sinngemäß der Wert einzustellen, den die fragliche Leistung am Erfüllungsort und zur Erfüllungszeit für den Gläubiger gehabt haben würde, s. Mot. S. 349. Es kommt aber auch nur dieser Wert, nicht das etwaige weitere Interesse in Frage, also z. B. nicht die Möglichkeit einer weiteren Verwertung des geleisteten über dessen eigenen Wert hinaus. Jener Wert tritt in der Leistung des Vorkaufsberechtigten völlig an Stelle der untunlichen Nebenleistung und ist mit den anderen Teilen Zug um Zug zu entrichten.

c) Läßt sich auch die Schätzung in Geld nicht vornehmen, so ist zu scheiden:

α) im allgemeinen kann alsdann das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden, ohne daß deshalb der Berechtigte Entschädigungsansprüche hätte: die Sache liegt hier so, als ob überhaupt der Verpflichtete keinen Kauf, sondern einen anderen Vertrag mit dem dritten geschlossen hätte.

β) anders bei unbedeutenden Nebenleistungen, wenn vermutlich auch ohne sie der Vertrag mit dem dritten geschlossen wäre; solche bleiben bei Feststellung der Pflichten des Vorkaufsberechtigten ganz außer Ansatz.

Welcherlei Nebenleistungen dahin gehören, ist Tatfrage, unter Umständen könnten die zu § 139 anzustellenden Erwägungen Fingerzeige geben.

§ 508.

Hat der dritte den Gegenstand, auf den sich das Vorkaufsrecht bezieht, mit anderen Gegenständen zu einem Gesamtpreise gekauft, so hat der Vorkaufsberechtigte einen verhältnismäßigen Teil des Gesamtpreises zu entrichten. Der Verpflichtete kann verlangen, daß der Vorkauf auf alle Sachen erstreckt wird, die nicht ohne Nachteil für ihn getrennt werden können.

E. I 484 Abs. 2, E. II 442, RB. 503. — Mot. S. 349—50, Prot. II S. 105.

1. **Prinzip:** Die im § 508 geregelte Frage ist im Gemeinen Recht wie im Landrecht bestritten, s. für ersteres Jäger S. 67,9, für letzteres I, 20, § 607. Entsprechend der für das GR. vorzuziehenden Ansicht (Jäger S. 68) und dem SächsGB. § 1123 entscheidet das BGB. sich dahin, daß der Vorkaufsberechtigte durch einen solchen „Mengekauf" an der Ausübung seines Rechtes für den diesem unterworfenen Gegenstand nicht gehindert werden soll. Dagegen kann weder der Vorkaufsberechtigte noch der Verpflichtete verlangen, daß das zwischen ihnen abzuschließende oder abgeschlossene Geschäft auf alle Gegenstände des „Mengekaufes" ausgedehnt werde; nur eine Ausnahme wird zu Gunsten des Pflichtigen, nicht auch des Berechtigten, bei den in Satz 2 genannten Sachen gemacht. Dies entsprechend der Bestimmung des § 469 bei der Wandlung, s. Bem. dazu. Welche Sachen „nicht ohne Nachteil für ihn getrennt werden können", bestimmt sich aus der Sachlage; insbesondere dürfte der Fall dann so liegen, wenn wegen der Nichtlieferung der dem Vorkaufsrecht unterworfenen Sachen der dritte auch an der Lieferung der übrigen kein Interesse mehr hätte und darum nach den Grundsätzen des § 325 Satz 2 wegen des ganzen Vertrages Schadensersatz verlangen oder zurücktreten könnte.

2. Diesen **Anspruch auf Erstreckung des Vorkaufes** kann der Verpflichtete geltend machen:

a) in Form einer **Einrede** gegen die auf Lieferung der dem Verkauf unterworfenen Sache gerichteten Klage.

b) aber auch offensiv im Wege der **Klage**, mit der er die Verurteilung des Gegners zum Abschluß des weitergehenden Geschäftes betreibt. Das ergibt der Satz 2. Auch durch einen Rücktritt von dem einmal ausgeübten Vorkaufsrecht kann sich der Vorkaufsberechtigte von diesem einmal entstandenen Anspruch des Gegners schwerlich noch befreien, Planck Abs. 2, ebenso Kober-Staudinger Nr. 1b, anders Enneccerus S. 621. Er kann höchstens, wenn er über das Vorhandensein des in § 508 bezeichneten Tatbestandes in Irrtum war, die Vorkaufserklärung nach § 119 anfechten (anders hier Planck aaO.). Denn er hat sich alsdann über den Gegenstand geirrt, auf den seine Erklärung sich zwar nicht als solche, aber wegen Satz 2 in ihrer rechtlichen Bedeutung bezog.

In beiden Fällen muß der Verpflichtete aber den **Beweis** der Untrennbarkeit als einer für seinen Anspruch begründenden Tatsache führen.

3. **„Verhältnismäßiger Teil"**: Liegen die Voraussetzungen des Satzes 2 nicht vor, so kann der Vorkaufsberechtigte den seinem Recht haftenden Gegenstand beanspruchen gegen einen „verhältnismäßigen Teil des Gesamtpreises". Es ist also nicht etwa gerade der Wert des fraglichen Gegenstandes zu leisten, vielmehr wird zunächst dieser Wert im Verhältnis zum Gesamtwert der verkauften Quantität geschätzt und dann ein entsprechender Teil des Gesamtpreises als auf ihn fallend berechnet. Somit hat man auch hier, wie in den Fällen der §§ 472—3, eine Proportion zu bilden:

$$\frac{x}{gp} = \frac{vw}{gw}$$

x / gp (Gesamtpreis) = vw (Wert der dem Vorkauf unterworfenen Sachen) / gw (Gesamtwert aller Sachen).

Ist also der Gesamtpreis = 1000; der Gesamtwert = 1200, der Wert der Vorkaufsgegenstände = 300, so ist x = 250.

$$\left(\frac{x}{1000} = \frac{300}{1200};\ 12\ x = 3000;\ x = 250\right).$$

§ 509.

Ist dem dritten in dem Vertrage der Kaufpreis gestundet worden, so kann der Vorkaufsberechtigte die Stundung nur in Anspruch nehmen, wenn er für den gestundeten Betrag Sicherheit leistet.

Ist ein Grundstück Gegenstand des Vorkaufs, so bedarf es der Sicherheitsleistung insoweit nicht, als für den gestundeten Kaufpreis Bestellung einer Hypothek an dem Grundstücke vereinbart oder in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Schuld, für die eine Hypothek an dem Grundstücke besteht, übernommen worden ist.

E. II 443, RV. 504. — Prot. II S. 105—7.

1. Die Satzung ist eine, dem Landrecht I, 20, § 621 nachgebildete, Neuerung der zweiten Lesung; sie bedeutet eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 505 Abs. 2, wonach der Vorkaufsberechtigte dieselben Vertragsbedingungen erlangt, wie der erste Käufer.

2. Die geforderte **Sicherheit** ist nach den Regeln der §§ 232 ff. zu leisten. Daß er sie geleistet habe, muß der Verkäufer beweisen, wenn er die Rechte aus dem Vorkauf geltend machen will.

3. Auch bei **Grundstücken** ist im allgemeinen Sicherheit zu leisten im Sinne von Bem. 2. Nur wenn eine Hypothek — nicht notwendig eine dem § 238 genügende — an dem Grundstücke vereinbart, sowie wenn eine durch Hypothek am Grundstück gesicherte Schuld übernommen ist, bedarf es der Sicherheitsleistung nicht oder doch nicht in Höhe des durch jene gedeckten Betrages. Gedacht ist natürlich dabei an eine Vereinbarung der Hypothek oder Übernahme der Schuld in dem zwischen dem Pflichtigen und dem dritten geschlossenen Vertrage, dessen Bedingungen nun auch für den Berechtigten maßgebend werden.

Siehe wegen der Hypothek §§ 1113ff., wegen der Schuldübernahme § 416 und Bem. dazu.

Ob die Hypothek wirklich eingetragen wird — das kann ja erst geschehen nach der Auflassung an den Berechtigten — macht keinen Unterschied; mag der Verpflichtete nötigenfalls darauf klagen. Ebensowenig kommt es darauf an, ob im Fall der Schuldübernahme der dritte Gläubiger diese genehmigt oder nicht. Wollte der Verpflichtete bis zur Entscheidung darüber die Übereignung des Grundstücks verweigern, so käme die Angelegenheit niemals zu Ende, da der Gläubiger nach § 416 erst nach der Auflassung an den Schuldübernehmer die Genehmigung erklären kann.

§ 510.

Der Verpflichtete hat dem Vorkaufsberechtigten den Inhalt des mit dem dritten geschlossenen Vertrags unverzüglich mitzuteilen. Die Mitteilung des Verpflichteten wird durch die Mitteilung des dritten ersetzt.

Das Vorkaufsrecht kann bei Grundstücken nur bis zum Ablaufe von zwei Monaten, bei anderen Gegenständen nur bis zum Ablauf einer Woche nach dem Empfange der Mitteilung ausgeübt werden. Ist für die Ausübung eine Frist bestimmt, so tritt diese an die Stelle der gesetzlichen Frist.

E. I 483, 487 Abs. 2, E. II 444, RV. 505. — Mot. S. 348, 351—2, Prot. II S. 109, 111—2.

1. **Anzeigepflicht:**

a) Daß der Verkäufer dem Vorkaufsberechtigten den Inhalt des mit einem dritten geschlossenen Vertrages anzeigen muß, um ihm zur Ausübung seines Rechtes Gelegenheit zu geben, folgte wenigstens für die Fälle eines vertragsmäßigen Vorkaufes schon aus seiner nach § 157 auszulegenden Vertragspflicht; in § 510 wird es aber ohne Rücksicht auf den Entstehungsgrund des Vorkaufsrechtes als allgemeine Pflicht angeordnet.

b) Die Anzeige dient nur dem Zweck einer faktischen Gewährleistung der Ausübung des Vorkaufsrechtes durch den Berechtigten; seine Geltendmachung ist rechtlich mit nichten von ihr abhängig — das ergibt sich schon aus § 504, s. diesen. Sie dient nicht, um ein Recht des Vorkaufsberechtigten zu schaffen, sondern um eine Pflicht des Verkäufers zur Erfüllung zu bringen.

c) Sie erfolgt in diesem Sinne **durch eine** — formfreie, s. unten d — **Anzeige** des Verpflichteten an den Berechtigten. Eine Willenserklärung ist darin nicht zu finden (so mit Recht Fischer-Henle Nr. 2, anders meine Aufl. 1), und daß die Wirksamkeit der Anzeige von ihrem Zugehen an den Gegner abhängig sei, läßt sich schwerlich annehmen. Denn der Verpflichtete erfüllt seine Pflicht nach allgemeinen Grundsätzen (s. § 269) wohl schon durch Vornahme, d. h. Absendung der Mitteilung. Aber auch wenn man annimmt, daß er zur Herstellung des Mitteilungserfolges verpflichtet sei, würde der Verlust der vollzogenen Anzeige ein Zufall sein, den er mangels Verschuldens nicht zu vertreten braucht.

Die Wirkungen des Abs. 2 treten allerdings erst mit dem Empfang der Anzeige ein.

d) Eine bestimmte **Form** für die Mitteilung ist gesetzlich nicht vorgeschrieben; sie kann danach mündlich oder schriftlich geschehen. Der Wortlaut des Vertrages braucht nicht darin enthalten zu sein, sondern nur sein Inhalt, aber auch dieser wohl nur soweit, als er für den Entschluß und das Rechtsverhältnis des Berechtigten von Interesse ist (zu bestimmen nach §§ 505 Abs. 2, 507—9, anders z. B. § 506).

e) Die Mitteilung muß **unverzüglich** erfolgen, d. h. im Sinne des § 121 — „ohne schuldhaftes Zögern".

f) Die Mitteilung **des Verkäufers** wird durch eine solche **des dritten** ersetzt; nunmehr ist die Pflicht des ersteren erfüllt.

g) **Unterlassen der Mitteilung** macht den Verkäufer nach allgemeinen Regeln ersatzpflichtig, s. dazu auch Weyl, Verschuldensbegriffe S. 30 mit näherer Begründung.

Im allgemeinen wird dem Vorkaufsberechtigten freilich kein Schaden entstehen, da ja vor der Mitteilung sein Vorkaufsrecht nicht erlöschen kann, während nach dessen Ausübung der Verkäufer trotz seines etwa eingetretenen Unvermögens haftbar bleibt.

Trotzdem wäre eine Schädigung des Berechtigten denkbar, z. B. wenn wegen der verspäteten Kenntnis das Vorkaufsrecht für ihn kein Interesse mehr hat: er hat inzwischen seinen Bedarf anderweit gedeckt; auch wohl, wenn der Gegenstand inzwischen durch einen vom Verkäufer nicht zu vertretenden Umstand zu Grunde gegangen ist.

Jedoch würde gemäß § 254 wohl eine Haftung des Verkäufers nicht begründet sein, wenn der Berechtigte von dem Verkaufe von dritter Seite her in glaubwürdiger Weise gehört hätte und trotzdem nichts unternahm, um sein Recht zeitig auszuüben.

2. **Erlöschen des Vorkaufsrechtes nach erhaltener Anzeige**: Die Anzeige, richtiger ihr Empfang durch den Berechtigten, hat daneben die weitere Bedeutung, für die Ausübung des Vorkaufsrechtes eine Ausschlußfrist von der in Abs. 2 angegebenen Dauer in Bewegung zu setzen; sie dient mithin — im Einklang mit dem bisherigen Recht, z. B. dem Landrecht §§ 609—10 — zugleich den Interessen des Verkäufers und vor allem auch des dritten Käufers, die damit Klarheit über die Sachlage erlangen. Es ist dabei gleich, ob die Mitteilung vom Verkäufer oder (nach Abs. 1 Satz 2) vom dritten Erwerber ausgeht; dagegen hat die von anderer Seite an den Berechtigten gelangte Mitteilung nicht die Wirkung, den Lauf der Frist beginnen zu lassen.

Über den Beginn, das Ende, die Berechnung dieser gesetzlichen Frist gelten die Bestimmungen der §§ 186 ff.

Die gesetzliche Fristdauer ist nur dispositiv; zuerst kommt eine etwaige vertragsmäßige Abrede dafür in Betracht. Eine Befugnis, bei seiner Mitteilung dem Berechtigten einseitig eine anderweite Erklärungsfrist zu setzen, steht dagegen dem Verkäufer nicht zu.

Bis zum Empfang der Mitteilung unterliegt das Recht keiner zeitlichen Beschränkung, insbesondere auch keiner Verjährung, da es ja noch keinen wirklichen Anspruch darstellt, sondern entweder nur ein Recht des rechtlichen Könnens, oder höchstens einen doppelt und nicht rein potestativ bedingten Anspruch.

3. Ist das Vorkaufsrecht im Sinne von Abs. 2 ausgeübt, so unterliegt es nunmehr als gegenwärtiger Anspruch der **gewöhnlichen Verjährung** nach §§ 194 ff.

4. Möglicherweise kann die **Dauer** des Vorkaufsrechtes als solche auch von vornherein **vertragsmäßig zeitlich begrenzt sein**, ohne Rücksicht darauf, ob sich in der fraglichen Zeit zu seiner Ausübung eine Gelegenheit bieten wird oder nicht, s. Mot. S. 352 und den solche Möglichkeit direkt aussprechenden § 514 Satz 2. Eine derartige Abrede hat aber (s. auch Goldmann-Lilienthal S. 524) wenigstens im Zweifel nur die Bedeutung, daß der Verkauf an den dritten innerhalb der Frist erfolgt sein muß, um der Ausübung des Vorkaufsrechts Raum zu geben, während diese Ausübung selbst noch immerhin nach ihrem Ablauf innerhalb der Frist des Abs. 2 erfolgen kann. Aber auch, wo sie an sich ausnahmsweise im strengeren Sinne zu verstehen ist, wird sich nach Treu und Glauben darauf der Verkäufer nicht berufen können, wenn er selbst durch Unterlassen der Mitteilungspflicht aus Abs. 1 den Berechtigten an rechtzeitiger Geltendmachung seiner Befugnis gehindert hat.

§ 511.

Das Vorkaufsrecht erstreckt sich im Zweifel nicht auf einen Verkauf, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt.

RB. 506.

Der § 511 erklärt das Vorkaufsrecht für unanwendbar auf den sog. Kindskauf, den Fall, daß der Pflichtige die ihm gehörige Sache an eine Person verkauft, die zur Zeit des Verkaufs sein gesetzlicher Erbe sein würde, und zwar mit Rücksicht auf das künftige Erbrecht. Der Grund liegt darin, daß solche Verträge schwerlich zum vollen Werte der Kaufsache erfolgen, überhaupt im Grunde eine antizipierte Erbfolge darstellen; eine Anwendung des Vorkaufsrechtes auf sie würde die Interessen der Familie gefährden und dem Vorkaufsberechtigten öfters einen innerlich nicht gerechtfertigten Vorteil bringen.

Der Umstand, daß der Ersteher infolge eines nachträglichen Umstandes aufhört, gesetzlicher Erbe zu sein, kann das einmal gegenstandslos gewordene Vorkaufsrecht nicht wieder zu neuem Leben erwecken.

§ 512.

Das Vorkaufsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter erfolgt.

E. I 485, E. II 445, RV. 507. — Mot. S. 350, Prot. II S. 107—8.

1. Die Bestimmung des § 512 beruht auf dem Gesichtspunkt, daß einerseits das bloß obligatorische Vorkaufsrecht bei den hier genannten Akten keinen Anspruch auf Berücksichtigung hat; daß es aber andererseits unbillig wäre, den Verpflichteten dafür verantwortlich zu machen, obwohl doch jene Akte gar nicht auf seinem Willen beruhen.

Allerdings muß der Wiederverkäufer nach § 499 trotzdem die dadurch entstandenen Rechte dritter wegschaffen, aber in unserm Falle liegt die Sache insofern anders, als man darin schwerlich einen vom Verpflichteten vollzogenen, also unter § 504 fallenden, Verkauf sehen kann. Insofern hätte sich sogar die Sonderbestimmung vielleicht erübrigt.

2. Wegen der in § 512 genannten Akte s. die Hinweise in Bem. 1 zu § 499.

Auf die Zwangsversteigerung teilungshalber bezieht sich die Bestimmung nicht; sie fällt nicht unter den Begriff der Zwangsvollstreckung, auch können bei ihr, eher als bei jener, die Beteiligten als wahre Verkäufer angesehen werden. So auch Planck.

3. Anderes gilt nach § 1098 Abs. 1 Satz 2 gegenüber Verkäufen des Konkursverwalters für das dingliche Vorkaufsrecht.

§ 513.

Steht das Vorkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im ganzen ausgeübt werden. Ist es für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die übrigen berechtigt, das Vorkaufsrecht im ganzen auszuüben.

E. II 446, RV. 508. — Prot. II S. 111.

Der Satz entspricht dem gleichartigen § 502 beim Wiederkauf, s. Bem. dazu. So auch SächsGB. § 1128.

§ 514.

Das Vorkaufsrecht ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben des Berechtigten über, sofern nicht ein anderes bestimmt ist. Ist das Recht auf eine bestimmte Zeit beschränkt, so ist es im Zweifel vererblich.

E. I 486—7, E. II 447, RV. 509. — Mot. S. 351, Prot. II S. 108—10.

1. **Prinzip:** Die Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit des Vorkaufsrechtes entsprechen dem früheren Recht, s. Landrecht I, 20, § 591, SächsGB. § 1127, während freilich gemeinrechtlich beide Beschränkungen für den vertragsmäßigen Vorkauf bisweilen verworfen wurden (Jäger S. 107); sie rechtfertigen sich durch die bei ihm obwaltenden Zwecke, indem das Vorkaufsrecht in der Regel den persönlichen Interessen eines bestimmten Subjektes dienen soll.

Jedoch handelt es sich dabei nur um eine dispositive Bestimmung; es kann in der einen oder andern oder auch in beiden Beziehungen das Gegenteil ausgemacht werden, ja in einem Fall — bei zeitlicher Beschränkung — gilt das Vorkaufsrecht nach der Auslegungsregel des Satzes 2 im Zweifel als vererblich (nicht auch als veräußerlich).

2. Die Unvererblichkeit bezieht sich nur auf die **Aktivseite**; daß das Vorkaufsrecht passiv auf die Erben des Erstverpflichteten mangels besonderer Bestimmung übergehe, bedurfte als selbstverständlich keiner besonderen Erwähnung, s. Mot. S. 51.

3. Daß das durch Ausübung des Vorkaufsrechtes **einmal entstandene Recht** (§ 505) sowohl veräußerlich als auch vererblich sei, folgt aus seiner Natur als gewöhnlicher Kaufanspruch.

IV. Tausch.

§ 515.

Auf den Tausch finden die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung.

E. I 502, E. II 462, RV. 510. — Mot. S. 366—8, Prot. II S. 130.

1. Der **Tausch** ist im Gegensatz zum Kauf der Umsatz von Ware gegen Ware (als welche auch eine speziell bestimmte Münze in Betracht kommen kann), s. im übrigen über die Abgrenzung beider Verträge Vorbem. 1 c vor § 433. Er stellte im Römischen Recht einen Innominatrealvertrag dar, kam als solcher erst durch die reale Leistung des einen Teiles gültig zustande und gewährte auch trotz dieser dem Vorleistenden noch ein Rücktrittsrecht (condictio ob causam datorum, zeitweilig selbst eine c. ex mera poenitentia). Das neuere GR. indes und ebenso auch das BGB. sehen darin nur noch einen gewöhnlichen formlosen Vertrag, ohne ein besonderes Rücktrittsrecht aus diesem oder jenem Grunde.

2. Wegen der Gegenstände des Tausches gilt dasselbe, wie von der Ware beim Kauf, s. darüber Vorbem. vor § 433 Nr. 1 b.

Ob es auch Tausch ist, wenn die Miteigentümer zwecks Aufhebung der Gemeinschaft sich wechselweise die einzelnen Parzellen zu Alleineigentum überlassen, ist zweifelhaft; m. E. ist ein solches Teilungs- oder Außereinandersetzungsverfahren eher als besonderes Geschäft anzusehen. S. aber auch RG. ZS. VII vom 8. VII. 1904 bei Gruchot **49** 128.

3. Auch hinsichtlich der Verpflichtungen sind im allgemeinen, nach der einzigen positiven Bestimmung unseres Abschnittes, die obigen Regeln des Kaufes anwendbar. Nur fällt hier der Gegensatz fort; wie die Mot. S. 367 und Entw. I § 502 Satz 2 sich ausdrücken, ist jeder Teil hinsichtlich seiner Leistung als Verkäufer, hinsichtlich der ihm gebührenden Leistung als Käufer anzusehen. Jeder hat also sowohl wegen der rechtlichen wie wegen der faktischen Mängel bei seiner Leistung die Pflichten, wegen der Mängel der gegnerischen Leistung die Rechte eines Käufers.

Zweiter Titel.

Schenkung.

Vorbemerkung.

Literatur: Burckhard, Begriff der Schenkung, 1899; Ortloff, ArchBürgR. **21** 269ff.; Eichhorn, DJZ. 03 433.

1. **Begriff der Schenkung**: In der gemeinrechtlichen Terminologie (s. Windscheid II § 365) unterscheidet man Schenkung im weiteren und im engeren Sinne. Erstere ist jede liberale Vermögenszuwendung, d. h. die in der spezifischen Absicht der Bereicherung eines andern gemachte und von ihm angenommene Zuwendung; letztere dagegen nur eine solche Zuwendung, durch die nicht nur der Begünstigte reicher, sondern auch der Zuwendende ärmer wird, also nicht z. B. die Ablehnung eines angebotenen Erwerbes, damit er an einen andern falle.

Dieser engere Schenkungsbegriff ist vom BGB. aufgenommen; es verlangt zur Schenkung:

a) eine Zuwendung;

b) eine den andern bereichernde Zuwendung;

c) eine Zuwendung aus dem Vermögen des einen;

d) ein Einverständnis der beiden Beteiligten über die Zuwendung und ihre Unentgeltlichkeit.

Schon angesichts dieser Erfordernisse können als Schenkung nur Verfügungen unter Lebenden gelten; bei den letztwilligen Zuwendungen (Vermächtnissen) fehlt es auf alle Fälle an dem Erfordernis d, in gewissem Sinne auch an dem zu c, denn der Zuwender wird, solange er überhaupt noch Rechtssubjekt ist, in seinem Vermögen durch sie nicht ärmer. Darum haben denn auch die Vermächtnisse ihr besonderes Recht, §§ 2147 ff.; ihnen werden dabei in der Wirkung (nicht auch in der Zuwendungsart) die Schenkungen von Todeswegen gleichgestellt, § 2301.

Ausnahmsweise gilt, trotz Vorhandensein der Erfordernisse zu a—d, die Ausstattung in der Regel nicht als Schenkung (§ 1624), sie gehört vielmehr nur zu dem weiteren Begriff der unentgeltlichen Zuwendungen, wie er z. B. in §§ 1369, 1639 erwähnt wird.

Wegen des **Mitgiftversprechens an den Bräutigam** ist die Frage schwierig und bestritten. Daß es ein wahres Schenkungsversprechen und daher der Form nach § 518 unterworfen sei, ist in der Praxis mehrfach angenommen worden, so vom RG. bei Seuffert 59 Nr. 76 S. 139. Auch der Umstand, daß es in der Erwartung des Eheschlusses abgegeben wurde, soll daran nichts ändern können. So auch RG. ZS. IV vom 29. X. 1903, Seuffert 59 Nr. 181 S. 319, insbesondere für den Fall, daß ein dritter, selbst ein Verwandter, einem der künftigen Gatten etwas als Mitgift verspreche. Nur dadurch soll nach demselben Senat (6. VI. 1904, Gruchot **48** 970) das formlose Mitgiftversprechen gegenüber dem Bräutigam wirksam sein können, daß darin in Wahrheit ein Ausstattungsversprechen an die Tochter im Sinne des § 1624 liege. Gegen den Formzwang beim Mitgiftversprechen überhaupt OLG. Posen vom 4. XI. 1902 in Rspr. V S. 416; selbst das von einem dritten abgegebene sei keineswegs immer Schenkung, sondern könne sehr wohl als „Zusicherung einer Vergütung für die Erfüllung des Eheversprechens" aufgefaßt werden. Gegen die obigen Erkenntnisse ferner sehr entschieden mit rechtspolitisch beachtenswerten Gründen Bartolomäus DJZ. **05** 259, Landsberg, PosMSchr. **03** 17 ff.

In der Tat ist die Unterstellung des Mitgiftversprechens unter den Formzwang des § 518 sehr bedenklich. Auch das Allgemeine Landrecht, das Vorbild des BGB. gerade in diesem Punkte, hatte nach der herrschenden und richtigen Auslegung diese Unterstellung nicht vollzogen, I, 11, § 1048 und dazu RG. ZS. VII vom 9. II. 1900 bei Gruchot **44** 948. Da die strenge Form bei ihm aus Gründen der Delikatesse nur äußerst selten beobachtet werden dürfte, wird die gegnerische Lehre das berechtigte Vertrauen des Bräutigams in auffälliger, um nicht zu sagen empörender Weise schutzlos stellen und dadurch zugleich, wie auf die materiellen Unterlagen, so auch mittelbar auf die Harmonie mancher Ehen ungünstig einwirken können. Zu diesen rechtspolitischen Erwägungen kommt hinzu, daß auch rein dogmatisch die Auffassung jenes Versprechens als einer Schenkung schwerlich die allein mögliche ist. Man kann ihr die eines gegenseitigen Vertrages zu Gunsten eines dritten (der Braut) gegenüberstellen. Der Besteller — einerlei ob einer der Eltern oder ein dritter — verspricht die Mitgift als Gegenleistung gegen die Heirat. Allerdings kann diese nicht erzwungen werden, aber das hindert nicht, die Mitgift als Gegenleistung für sie anzusehen, wenn sie erfolgt. Gebunden ist nur der eine Teil: aber der andere kann sein Recht nur geltend machen, wenn er die von ihm, freilich unklagbar, übernommene Pflicht erfüllt. Man wird einwenden, er erfülle alsdann nur condicionis implendae causa — möglich, aber möglich auch und der unbefangenen Parteiabsicht näher liegend als diese formalistische Konstruktion bleibt daneben die Annahme einer Art von negotium claudicans. Die Heirat ist ein Akt, den nach dem Sinne der Beteiligten der Bräutigam vollziehen soll, nicht nur zur Erlangung der Mitgift vollziehen darf, und wenn diese Pflicht aus Rechtsgründen nicht als klagbare anerkannt ist, so heißt das keineswegs, daß das Recht sie darüber hinaus überhaupt nicht als Pflicht werte.

Ferner liegt keine Schenkung in der Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit: sie wendet zwar dem Empfänger Rechte zu, aber ohne ihn zu bereichern und ohne den Leistenden, der dadurch von einer Last frei wird, ärmer zu machen.

Ebensowenig ist Schenkung der Abschluß eines gegenseitigen Vertrages, mag er auch wirtschaftlich dem andern Vorteil bringen. Denn dabei handelt es sich nicht um eine einseitige Zuwendung, sondern um den Austausch zweier wenigstens der Vertragsidee nach gleichwertiger Leistungen; die Bereicherung kann hier höchstens zufällige Folge des Aktes sein, nicht der ihn charakterisierende Zweck.

Unerheblich erscheint für die Schenkung das subjektive Motiv der Zuwendung, das vielleicht sehr egoistisch ist; nur die erste, den Akt rechtlich charakterisierende Absicht muß auf eine unentgeltliche Zuwendung gehen, s. dazu Entsch. d RG. 14 Nr. 46 S. 123.

2. **Vertragscharakter der Schenkung:** Aus dem obigen Erfordernis 1d, wie es § 516 Abs. 1 ausdrücklich aufstellt, ergibt sich, daß im Sinne des BGB. die Schenkung als solche zweifellos einen Vertrag erfordert. Das entspricht auch der herrschenden und m. E. unbestreitbar richtigen Anschauung des Gemeinen Rechts, s. namentlich Windscheid aaO.; Dernburg, Band II § 106 Nr. 3; Entsch. d. RG. 26 Nr. 5 S. 18; aus den Quellen dafür u. a. l. 18 pr. D. 12,1; 19 § 2 D. 39,5. Dagegen freilich Savigny, System IV § 160; v. Meyerfeld, Lehre von den Schenkungen § 6. Dafür auch Landrecht I, 11, § 1058; Code Art. 1105 (s. auch Crome-Zachariae Bd. IV §§ 661, 62); teilweise anders SächsGB. § 1054.

Die **Zuwendung**, die zur Schenkung gehört, kann möglicherweise freilich ohne Zutun des Empfängers gültig zustande kommen (z. B. Zahlung einer fremden Schuld), aber nicht auch die causa donationis, die uns in jener eine Schenkung zu sehen berechtigt, s. näheres in den Bem. zu § 516, sowie unten Nr. 3.

Zum richtigen Verständnis des Schenkungsinstitutes ist die scharfe Sonderung der Zuwendung und des Schenkungsaktes an erster Stelle wichtig, nur indem man sie vermengte, kam man zur Leugnung des Vertragscharakters der Schenkung.

Aus der Unterscheidung ergibt sich auch, daß beide von verschiedenen Gültigkeitsbedingungen abhängig sind — wieweit die Zuwendung als solche gültig ist, bestimmt sich im Prinzip nur nach den über den fraglichen Rechtsakt selbst geltenden Bestimmungen, nicht nach den Schenkungsregeln: bezahlt z. B. jemand die Schuld eines dritten, so bedarf das dem Gläubiger gegenüber weder der etwaigen Schenkungsform, noch ist der Akt, etwa aus § 528, dem Rückforderungsrecht unterworfen, auch nicht der Anfechtung wegen Verletzung der Gläubiger. Das ist erweislich für das RR. (s. Oertmann im ArchZivPrax. 82 S. 401 ff.), und für das BGB. bei seiner scharfen Unterscheidung zwischen „Zuwendung" und „Schenkung" erst recht anzunehmen; der gegenteiligen Ansicht bei Planck zu § 516, Nr 5 Abs. 3 fehlt jede Begründung.

Ist die Zuwendung gültig, die Schenkung (causa donationis) aber nicht zustande gekommen, so ist jene sine causa beim Begünstigten; daher kann der Zuwender sie oder ihren Betrag nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff.) vom Begünstigten zurückfordern.

3. **Arten der schenkweisen Zuwendung; causa donationis:** Die Schenkung ist kein juristisch überall gleichförmiger Akt; sie kann sich in jeder „Zuwendung" beliebigen Inhalts vollziehen (s. Bem. zu § 516), folglich sind ihre Erscheinungsformen so mannigfach, wie die verschiedenen Arten der möglichen Zuwendungen überhaupt.

Nur **ein Gemeinsames** bleibt bei aller dieser Mannigfaltigkeit der Schenkungsakte bestehen; **der Zweck**, die causa donationis. Die Schenkungen finden ihre Einheit nicht in einer formalen Gleichheit, wie z. B. Auflassung, Tradition, Wechsel, sondern nur in der Identität des Zweckes, der überall in der Bereicherung des andern auf eigene Kosten besteht. Die Schenkung ist einheitlich nur als Zweckgeschäft, wie übrigens auch das Pfandrecht, der Vergleich, die dos, das Vermächtnis.

Aus diesem Grunde war auch bisher ihre Stellung im System bestritten; vom Standpunkt der früher herrschenden formaljuristischen Einteilung konnte die Schenkung keinen geeigneten anderen Platz finden, als höchstens im allgemeinen Teil. Mit Recht hat man dieselbe trotzdem neuerdings in das Schuldrecht gestellt und zwar teils in dessen allgemeine Lehren, teils noch besser unter die einzelnen Forderungsrechte, so Windscheid und Dernburg, nunmehr auch das BGB. Dies um deswillen, weil alle Schenkungsakte die eigenartige, obligatorische, sie erst stützende und rechtfertigende causa donationis gemeinsam haben, und weil wegen der Eigentümlichkeit dieser causa überall gewisse besondere Erfordernisse und Beschränkungen für sie gleichmäßig aufgestellt sind (s. dazu Windscheid § 365 Nr. 18).

Daß der Schenkungsvertrag ein Schuldvertrag sei, ist für die Fälle des Schenkungsversprechens klar; aber auch bei der Realschenkung zeigt es sich deutlich wegen der

damit verbundenen Gewährschaftshaftung für rechtliche und tatsächliche Mängel, die zwar abgeschwächt, aber keineswegs beseitigt ist, §§ 523—4. Ob davon abgesehen der Schenker auf Rechtsverschaffung dann hafte, wenn die Realschenkung den Beschenkten — etwa nach § 935 — nicht hat zum Eigentümer machen können, ist freilich nicht sicher, und wird meist verneint, s. Bem. 1 zu § 523. Ganz zweifellos ist diese Verneinung freilich nicht, § 523 beschränkt nur die Ersatzhaftung, während er von der Frage der Verschaffungspflicht nicht ausdrücklich redet; und daß beide nicht identisch sind, ergibt das Beispiel der Gewährleistung des Verkäufers für Sachmängel (s. oben Bem. zu §§ 433 und 459). Immerhin überwiegen die für die Verneinung sprechenden Gründe; ihr wichtigster ist der, daß der arglistige Schenker wegen eines Rechtsmangels zwar haftet, aber nur für das negative Interesse (vergl. den Gegensatz von § 523 Abs. 1 und 2 und Bem. 2a dazu).

4. **Eigentümlichkeiten der Schenkung**: Schon das Römische Recht hat in weiser Erkenntnis ihrer Tragweite, ihres unwirtschaftlichen Zweckes und der leicht mit ihr verbundenen mißbräuchlichen Ausbeutung des Leichtsinns und der Verschwendung die Schenkung mit Ungunst und Mißtrauen angesehen, daher ihr Zustandekommen wesentlich erschwert, die Haftung daraus erleichtert. Dem sind, mit im einzelnen sehr verschiedener Ausprägung, die neueren Rechte gefolgt, insbesondere auch das BGB. Es gehören dahin folgende Sätze:

a) der Formzwang, § 518,

b) die Rechtswohltat des Notbedarfs, § 519,

c) die Milderung der Haftung, §§ 520ff.,

d) die Widerruflichkeit in gewissen Fällen, §§ 528, 530ff.

Dazu kommt noch nach der Konkursordnung und dem Reichsanfechtungsgesetz

e) die Anfechtbarkeit seitens der durch den Akt beeinträchtigten Gläubiger.

Nicht aufgenommen sind dagegen zwei weitere, bereits dem Pr. Landrecht fremde, gemeinrechtliche Beschränkungen:

a) die Unzulässigkeit der Schenkungen zwischen Ehegatten.

b) der Widerruf wegen nachgeborener Kinder.

Andererseits sind auch die dem Römischen und Landrecht (I, 11, § 1060) angehörigen Privilegien des Schenkungserwerbes zu gunsten eines infans dem neuen Recht fremd.

Sonstige Bestimmungen über Schenkungen finden sich noch in den §§ 1301, 1406 Abs. 2, 1446, 1624, 1641, 1804, 2287, 2325, 2385.

5. **Besondere Arten der Schenkung**: Die bisherige Doktrin unterschied mehrfache Abarten der Schenkung und ließ sie teilweise einer besonderen Behandlung unterworfen werden:

a) die remuneratorische Schenkung (Windscheid § 368). Das BGB. erwähnt sie nicht besonders, unterwirft sie folglich dem allgemeinen Schenkungsrecht, s. Mot. S. 289.

b) die Schenkung eines ganzen Vermögens. Auch sie untersteht mangels Erwähnung wegen ihrer causa den allgemeinen Regeln der Schenkung, daneben aber wegen ihres Objektes den Bestimmungen der §§ 310—11 sowie 419. — Wegen Schenkung einer Erbschaft insbesondere s. § 2385 Abs. 2.

c) die Schenkung unter einer Auflage; von ihr handeln besonders die §§ 525—7.

Andererseits bildet das BGB. als besondere, mehrfach gegenüber der gewöhnlichen Schenkung begünstigte Kategorie die „Schenkung zur Erfüllung einer sittlichen oder Anstandspflicht", s. §§ 534, 1446, 1641, 1804, 2113.

§ 516.

Eine Zuwendung, durch die Jemand aus seinem Vermögen einen Anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.

Ist die Zuwendung ohne den Willen des Anderen erfolgt, so kann ihn der Zuwendende unter Bestimmung einer angemessenen

Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern. Nach dem Ablaufe der Frist gilt die Schenkung als angenommen, wenn nicht der Andere sie vorher abgelehnt hat. Im Falle der Ablehnung kann die Herausgabe des Zugewendeten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden.

E. I 437—8, E. II 463, RV. 511. — Mot. S. 286—90, Prot. II S. 1—8.

Ablehnung des zu Beschenkenden 6.
Bereicherung 1.
Beweis 7.
Einigkeit der Parteien 5.
Mittelbare Zuwendung 4.
negotium mixtum cum donatione 8.
Pfandbestellung 1.
Rechtsgeschäftlicher Inhalt der Schenkung 5.
Verbürgung 1.
Vermögensbereicherung 2.
Vermögensverminderung des Schenkers 3.
Verstopfung einer Verdienstquelle 3.
Zuwendung 1.
— bloß faktischer Vorteile 2.
Zustimmung des zu Beschenkenden 5, 6.

S. auch die allgemeinen Vorbemerkungen, die in folgender Weise zu ergänzen sind.

1. a) Es muß vorliegen eine **bereichernde Zuwendung**, d. h. ein die Vermögenslage des Begünstigten verbessernder Akt. Schon darum ist eine dem Gläubiger gemachte Zahlung keine Zuwendung — sie gibt dem Empfänger nichts, worauf er nicht schon ohne weiteres Anspruch hatte; anders nur bei vorzeitiger Erfüllung in Höhe des Zwischenzinses. Eine wissenschaftliche oder künstlerische Unterweisung ist als solche gleichfalls keine Zuwendung, da sie dem Betreffenden keinerlei Verbesserung seiner rechtlichen Lage verschafft. Das Gegenteil kann nur unter Umständen aus dem Gesichtspunkt der dadurch vermittelten Ersparung anderweiter Ausgaben angenommen werden: X enthebt durch ärztliche Behandlung den Y der Notwendigkeit, einen anderen Arzt zuzuziehen; durch Überlassung einer Wohnung dem Zwange, eine andere zu mieten, s. l. 9 pr. D. 39,5.

b) Zweifelhaft erscheint, ob in einer Verbürgung oder Pfandbestellung für eine bestehende Schuld dem Gläubiger gegenüber eine Schenkung gefunden werden könne. Daß dadurch faktisch seine Vermögenslage gebessert werden kann, ist zweifellos; aber auch rechtlich empfängt er zu dem vorhandenen Recht ein neues hinzu, ohne das alte aufgeben zu müssen.

Trotzdem bleibt die Annahme einer Schenkung sehr bedenklich, weil die Absicht der Kontrahenten hier nicht auf eine Bereicherung des Empfängers geht, noch weniger — jedenfalls nicht bei der Pfandbestellung durch den Schuldner selbst — auf eine Vermögensschmälerung des Bestellers. Nur in einzelnen, seltenen Fällen, wenn es sich z. B. um einen ohnedies ganz verlorenen, nicht mehr ernst genommenen Vermögensposten handelt, mag jenes vielleicht anders sein.

Dasselbe gilt natürlich aus entsprechenden Gründen für den Fall, daß der Gläubiger das Pfand oder den Bürgen aus der Haftung entläßt.

Übereinstimmend mit dem Gesagten im Ergebnis für das Gem. Recht Windscheid II § 365 No. 3 und die dort mitgeteilten Zitate des Corpus Juris. s. namentlich l. 18 D. 42,8: etsi pignus vir uxori vel uxor viro remiserit, verior sententia est nullam fieri donationem existimantium. Der Entw. I hatte hier die Annahme einer Schenkung ausdrücklich abgelehnt, die Streichung in Entw. II beabsichtigte keine sachliche Änderung, s. Prot. II S. 8.

Für Annahme einer Schenkung im Falle der Pfandbestellung allerdings früher Endemann Aufl. 3—4 § 164 No. 10; seine Berufung auf die bekannte Entscheidung des RG. 10 Nr. 8 S. 33ff dürfte nicht zutreffend sein; dort wird nur — mit Recht — festgestellt, daß die Pfandeinräumung unter § 23 Abs. 2 (jetzt 30 Abs. 2) KO. fallen könne, ihr Schenkungscharakter im Sinne des BGB. ist dadurch noch nicht gegeben. Wie hier dagegen Dernburg § 211 No. 11, Kober-Staudinger zu § 517 Nr. 4. Auf die „Umstände des Falles“ will Planck zu § 517 Anm. 1 abstellen. Ähnlich RG. ZS. VI vom 16. IV. 1903, Bd. 59 Nr. 75 S. 282.

Daß die Bürgschaftsübernahme, nicht minder die Pfandbestellung, dem Schuldner gegenüber Schenkung sein kann — wenn der Bürge auf seinen eventuellen Regreß verzichtet — ist klar und allgemein anerkannt.

Ist es Schenkung — und daher event. nach § 518 formbedürftig — wenn ein Hypothekar einer späteren Hypothek den Vorrang einräumt? Dagegen Putzler JW. 01 387ff. im Gegensatz zu der von ihm mitgeteilten Entscheidung des RG. ZS. V vom 24. IV. 1901; ebenso wie Putzler OLG. Celle vom 29. IX. 1903 in Rspr.

VIII S. 75. Mit Recht. Jedenfalls dann liegt in der Vorrechtseinräumung keine Schenkung, wenn der Einräumende auch die spätere Stelle für sicher hält, denn es fehlt alsdann an der Absicht, dem andern rechtlich etwas zuzuwenden, was er nicht schon ohnedies hat. Nur wenn nachweislich gerade wegen der vorgestellten Unsicherheit der späteren Hypothek ihr das Vorrecht eingeräumt ist, kann anders entschieden werden.

c) Innerhalb der gezogenen Grenzen kann die Zuwendung sich auf die verschiedenste Art vollziehen; die dazu dienenden Akte sind so mannigfaltig wie die Wege, durch die das menschliche Vermögen überhaupt eine Vermehrung erfahren kann, sei es positiv durch Eintritt neuer Rechte, sei es negativ durch Verminderung einer dem Vermögensträger bisher obliegenden Last. Also Zuwendung von Sachen, von Rechten an solchen, Verzicht auf Rechte an Sachen des zu Beschenkenden, Abtretung von Forderungen, Übernahme oder Zahlung von Schulden, Übertragung ganzer Vermögen.

2. Muß die nach 1) erforderte **Bereicherung eine rechtliche** sein, oder genügt es, daß sie eine **faktische**, wirtschaftliche sei? In der zweiten Lesung wurden, auf Anregung von Neatz in den Gutachten aus dem Anwaltstande, Anträge gestellt, wonach auch die Zuwendungen bloß immaterieller Vorteile als Schenkungen sollten gelten können, Prot. II S. 2ff. Die Mehrheit lehnte sie aber ab, vornehmlich, weil dadurch eine für die Anwendung bedenkliche Schwierigkeit in Abgrenzung des Schenkungsbegriffes zu befürchten stehe.

Trotz dieser Ablehnung würde das BGB. die Annahme jener gegenteiligen Lehre nicht hindern, wenn wir die im § 516 gebrauchten Worte „Vermögen" und „bereichert" im faktisch-wirtschaftlichen, statt im juristischen Sinne aufzufassen berechtigt wären (s. dazu auch wegen des Röm. Rechts Burckhard S. 119—20). Das scheint mir aber zumal gegenüber dem festen, sorgfältig abgewogenen Sprachgebrauch des BGB. nicht angängig oder doch mindestens höchst bedenklich. „Vermögen" ist für den Juristen und das Gesetzbuch ein — wenn auch darin nicht definierter — Rechtsbegriff, der sich nicht nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten entscheidend bestimmen läßt.

Eine ganz andere Frage ist es natürlich, ob die schenkungshalber vollzogene Zuwendung gerade auf dem Wege eines Rechtsgeschäfts erfolgt sein müsse. Sie ist zu verwerfen; s. unten Nr. 5 a. E.

3. Die Zuwendung muß erfolgen **aus dem Vermögen des Schenkers**, d. h. aus der Gesamtheit der ihm zustehenden geldwerten Rechte.

Keine Schenkung liegt also in der Überlassung bloß faktischer Gefälligkeiten, auch wenn dadurch dem andern Ausgaben erspart werden oder gar positive Vorteile zufließen (z. B. ich lasse ihn unentgeltlich in meinem Hause wohnen, erteile ihm ebenso Unterricht). Anders ist es aber, wenn der Zuwendende sich damit eine Einnahmequelle verstopft, die ihm sonst aus den dem Begünstigten zur Verfügung gestellten Mitteln erwachsen wäre, s. dazu Dernburg, Pand. II § 106 Nr. 1, Privatrecht II § 161 Nr. 4 5 (unentgeltliche Überlassung einer Mietswohnung, unentgeltliche Besorgung der Rechtsangelegenheiten eines Klienten — anders Leihen eines Buches aus der Privatsammlung, Aufnahme eines Gastes in die Wohnung, gelegentliche Erteilung eines Rates oder Gutachtens). In solchen Fällen kann eine Schenkung wenigstens dann vorliegen, wenn zugleich die Erfordernisse in der Person des zu Beschenkenden (s. oben Nr. 1) erfüllt sind. Enger Endemann § 164 No. 18, Cosack § 139, I, 1a, s. unten Nr. 5a. S. dazu auch die Bem. zu § 517 Nr. 3.

Daß Ablehnung künftigen Erwerbes keine Schenkung sei, bestimmt besonders § 517, s. Bem. dazu.

4. **Gleichgültig** ist, ob das zu der bereichernden Zuwendung zu Verwendende unmittelbar vom Schenker an den Beschenkten gelange oder „erst durch Inbewegungsetzung von Mittelgliedern" (Windscheid § 365 bei Nr. 15); es ist Schenkung an den Schuldner, wenn ich seinem Gläubiger zahle, um ihn zu befreien; es ist Schenkung meinerseits, wenn auf meine Rechnung mein Bankier an den zu Beschenkenden zahlt.

5. Beide Teile müssen **einig** sein und zwar:

a) **über die Zuwendung selbst,**

b) **über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung** (s. dazu auch Burckhard S. 127 -8, der mit Recht darlegt, daß daneben eine besondere Absicht der „Liberalität" im Rechtssinne nicht, wie bisweilen behauptet, zur Schenkung gehöre). Nicht erfordert wird eine Absicht der durch die Zuwendung eintretenden Bereicherung — nur objektiv, nicht

subjektiv, ist eine solche Bereicherung des Beschenkten notwendig, RG. 29. X. 1903, Seuffert 59 Nr. 181 S. 321 und DJZ. 04 169.

Die Schenkung ist also stets **Vertrag**, s. Vorbem. Folglich setzt sie auf Seiten des zu Beschenkenden Geschäftsfähigkeit voraus bei Vermeidung der Nichtigkeit, § 105; bloße Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit schadet indes nichts gemäß § 107.

Wie sich die Zustimmung des zu Beschenkenden zu äußern habe, läßt sich nicht allgemein beantworten — die Umstände sind entscheidend. Nur das ist zu bemerken, daß angesichts der Geneigtheit der meisten Menschen, eine ihnen angebotene Schenkung gern anzunehmen, schon ein bloß passives Verhalten leicht, jedenfalls leichter als bei anderen Geschäften, als Ausdruck der Zustimmung anzusehen sein wird, s. dafür auch Abs. 2. Ähnlich nimmt z. B das RG. in Bd. 15 Nr. 51 S. 218 mit Recht an, daß der bloße Besitz einer Schenkungsurkunde durch den, zu dessen Gunsten sie laute, eine Vermutung dafür begründe, sie sei von ihm „in der entsprechenden Willensmeinung angenommen".

In diesem Sinne muß jede Schenkung einen „rechtsgeschäftlichen Inhalt" haben; zu weit geht es aber, wenn Cosack § 139, I, 1a darüber hinaus auch für die Zuwendung als solche noch einen solchen verlangt. Fehlt er, so wird freilich meistens die Annahme einer Schenkung wegen des fehlenden Vermögenserwerbes ausgeschlossen sein, aber nicht immer: wenn der Gläubiger das die Schuld verkörpernde Papier in Schenkungsabsicht vernichtet, so liegt darin trotz Cosack in der Tat eine Zuwendung, die durch Zustimmung des Schuldners (Abs. 2) zur Schenkung werden kann; ebenso wenn jemand in meiner Abwesenheit zum gleichen Zwecke mein Haus streichen läßt. Die Zuwendung liegt letzterenfalls in der Verbesserung des Hauses in Verbindung mit der Abstandnahme von einer Ersatzabsicht (§ 685), also in der damit für den Eigentümer bewirkten Ausgabenersparnis. Ferner ist es eine schenkungsweise Zuwendung, wenn jemand in entsprechender Absicht die Geltendmachung eines Anspruchs in der dafür bestimmten Frist, die Erhebung eines Protestes unterläßt. Anders Endemann § 164 Anm. 19. Wie hier überall Dernburg, § 205, II, 1.

6. **Absatz 2:** Schon aus dem in Vorbem. Nr. 2 a. E. Gesagten ergibt sich die Möglichkeit, daß zwar die Zuwendung erfolgt ist, die Zustimmung des zu Beschenkenden aber noch fehlt (Zahlung einer fremden Schuld, Verzicht auf ein dingliches Recht an einem fremden Grundstück und daraufhin erfolgte Löschung desselben, § 875). Dieselbe Möglichkeit ist aber bei allen Zuwendungen durch abstrakte Rechtsakte vorhanden (Auflassung, Übergabe, Wechsel usw.), weil hier überall die Gültigkeit des Aktes an sich von derjenigen des Rechtsgrundes unabhängig ist.

Hier liegt hinsichtlich der Schenkung vorläufig erst eine Art (besonders qualifizierter) Offerte vor, die aber ihrer Eigenart und der vermutlichen Willensrichtung des Schenkers entsprechend nicht nur im gewöhnlichen Sinne, sondern bis auf weiteres schlechthin unwiderruflich sein muß, s. Mot. S. 289. Das besagt auch Abs. 2, der sinngemäß wohl für alle Fälle gilt, in denen trotz der Zuwendung die Willensübereinstimmung über die causa donandi noch fehlt, nicht nur für die Fälle einseitiger Zuwendungen (anders Aufl. 1). Das ist dem bedenklichen Wortlaut des Abs. 2 ungeachtet als allein sinngemäß zu behaupten: denn anderenfalls würde für die Behandlung aller abstrakten zweiseitigen Zuwendungsakte, bei denen jene Übereinstimmung noch aussteht, keine Entscheidungsgrundlage gegeben sein. Und solche Fälle sind nichts weniger als selten, z. B. dem X geht ein Buch mit der Post zu, von dem er noch nicht weiß, ob er es zum Kauf, zur Rezension oder zur Schenkung erhalten soll. Einige Tage später erhält er einen Brief des Autors, der ihn das Buch als Geschenk anzunehmen bittet. Daß solche Fälle sinngemäß nach Abs. 2 zu behandeln seien, erscheint mir zweifellos. Aber man kann sie selbst mit dessen Wortlaut wohl vereinigen, indem man bei dem Worte „Zuwendung" den in Abs. 1 beigefügten Zusatz „durch die jemand . . .", als stillschweigend wiederholt unterstellt. Danach umfaßt Abs. 2 auch unsere Fälle, da hier zwar die Zuwendung als solche — als abstrakter Akt — aber **nicht** als eine den Empfänger bereichernde Zuwendung mit dessen Willen erfolgt ist.

Um in den Fällen des Abs. 2 ein Ende des Schwebezustandes herbeizuführen, kann der Zuwendende dem Begünstigten eine angemessene Frist stellen zur Erklärung über die Annahme. Über Begriff und Dauer der „angemessenen Frist" s. § 250 und Bem. dazu.

Der Begünstigte hat jetzt eine dreifache Möglichkeit:

a) **er stimmt zu** — dann ist die Schenkung mit diesem Moment perfekt geworden.

b) **er erklärt sich nicht** — das gilt nach der positiven, übrigens trotz Endemann § 164 No. 10 m. E. praktisch und innerlich angemessenen, Bestimmung des Gesetzes als Annahme. Dies allerdings wohl nur bei rein bereichernden Schenkungen, nicht bei solchen unter Auflage, Leonhard zu Eck S. 472 — denn schwerlich kann das Gesetz beabsichtigt haben, daß dem zu „Beschenkenden" als Folge seines Schweigens auch eine Verpflichtung aufgedrängt werden könne.

c) **er lehnt rechtzeitig ab.** Und zwar ist die Ablehnung offenbar als eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung im Sinne von §§ 130 ff. anzusehen; eine dem Zuwendenden nicht bis zum Fristablauf zugegangene Ablehnung kann als wirksam nicht angesehen werden.

Durch die Ablehnung ist die Schenkung vereitelt; das Zugewendete befindet sich folgerecht — und zwar vom Moment der Zuwendung an — sine causa bei dem zu Beschenkenden, der Zuwendende kann es also, wie Abs. 2 noch zum Überfluß ausdrücklich bestimmt, nach den Regeln der §§ 812 ff. (ungerechtfertigte Bereicherung) von ihm zurückfordern.

Was unter dem „Zugewendeten" zu verstehen sei, ist für die Regel der Fälle klar: das aufgegebene Recht, die übergebenen Sachen, bei vertretbaren ein entsprechendes Quantum. Bei Zahlung einer fremden Schuld besteht die Zuwendung in den dazu hergegebenen Mitteln — ihr Betrag kann kondiziert werden, nicht aber die einmal unwiderruflich eingetretene Befreiung des Schuldners.

7. **Beweis:** Die Voraussetzungen der Schenkung muß natürlich gegebenenfalls der beweisen, der darauf, daß der Akt eine solche gewesen sei, Ansprüche baut. Nur dann, wenn die sonstigen Voraussetzungen erwiesen sind, wird angesichts des zu Nr. 5—6 Gesagten von einem besonderen Beweis der Annahme durch den zu Beschenkenden vielfach abzusehen sein.

Daß, wer fremde Geschäfte führt, im Zweifel nicht als Schenker anzusehen sei, bestimmt besonders § 685; anders ist es aber nach Abs. 2 daselbst für das Verhältnis zwischen Aszendenten und Deszendenten.

Im Falle des § 516 Abs. 2 muß der kondizierende Schenker die rechtzeitige Ablehnung des Schenkangebots durch den Beschenkenden beweisen.

8. **Gemischte Schenkung (Negotium mixtum cum donatione):** Darüber siehe Lammfromm, Teilung, Darlehen usw., 1897 S. 132 ff., ferner (hauptsächlich Römisches Recht) Köppen, Das negotium mixtum cum donatione, Berlin 1901 (dazu Siber, KrVJSchr. 45 308 ff.), zum neuen Recht Müller, Jherings Jahrb. 48 209 ff., Weirauch, Gruchots Beitr. 48 229 ff. Es handelt sich dabei um die Fälle, wo bei einem Umsatzvertrag die für die Leistung des einen Kontrahenten gewährte Gegenleistung abredegemäß nur für einen Teil jener Leistung als Entgelt anzusehen sein, der Restbetrag dagegen unentgolten bleiben soll. Die Erklärung derartiger Fälle ist sehr zweifelhaft:

a) Einige erachten als geschenkt einen als zunächst vereinbart und sodann als erlassen anzusehenden Teil der Gegenleistung. So Lammfromm aaO., Dernburg § 210, II, dagegen treffend Müller S. 212 ff. Die Konstruktion ist gekünstelt, sie vernichtet die Einheit des Geschäftes und läßt jeden Anhalt darüber vermissen, wie hoch der „zunächst vereinbarte" Preis anzusehen sei.

b) Als geschenkt gilt diejenige Quote des Leistungsgegenstandes, die durch den Wert der Gegenleistung nicht gedeckt wird. So Planck Nr. 6, Kober-Staudinger Nr. 3d β, s. auch Siber S. 324. Aber wenn dem so wäre, so könnte man in jedem Kaufe zu mehr oder weniger als dem wahren Werte ein negotium mixtum erblicken. Auch wenn man übrigens diese Theorie für richtig hielte, dürfte nicht das objektive Wertverhältnis, sondern die erkennbare Parteiintention an erster Stelle über den Charakter des Geschäftes bestimmen. Man könnte also höchstens den Teil des Objektes als geschenkt ansehen, der nach dem Vertragszweck nicht als durch die Gegenleistung gedeckt anzusehen ist. So meine Aufl. 1, Köppen S. 68—9. Gegen Planck auch Müller S. 215 ff., der bemerkt, daß dadurch schwierige Berechnungen notwendig gemacht und das als einheitlich gedachte Geschäft zerrissen würde. Das gilt auch gegen meine frühere Auffassung.

c) Die Einheitstheorie. Das Geschäft ist als einheitliches anzusehen, wegen Einheit des Abschlusses, des Zwecks, der Personen. Es ist teils nach den Regeln der Umsatzverträge (meistens des Kaufes), teils nach denen der Schenkung zu beurteilen. So Endemann § 164 Anm. 23, Weirauch aaO. und besonders Müller S. 223 ff., andeutungsweise auch Burckhard S. 35. Ihr gebührt allein Anerkennung.

Aber welche Grundsätze sind im einzelnen darauf anwendbar? Müller meint, wesentlich beifallswert: Keinenfalls seien es allgemein alle Kauf- oder umgekehrt alle Schenkregeln (S. 223), man muß vielmehr je nach dem Zweck kombiniert einen Teil von beiden heranziehen, S. 224. Für den Umfang der Verpflichtungen haben die strengeren Sätze des Kaufes Anwendung zu finden, da der Leistende nicht unentgeltlich weggibt, S. 229. Andererseits müssen ihm aber die besonderen Vergünstigungen des Schenkers zu gute kommen aus §§ 519, 528. Auch die Formvorschrift des § 518 ist auf das Geschäft anwendbar (übereinstimmend in diesem Punkt Weirauch S. 296—7, im wesentlichen auch Köppen S. 72), während Crome § 230 Anm. 62, Dernburg aaO., Kober-Staudinger Nr. 3 das Versprechen nur für den als Schenkung anzusehenden Teil der Formvorschrift unterwerfen und bei deren Nichtwahrung die Wirksamkeit des Restgeschäftes nach § 139 bestimmen. Zweifelhaft ist die Geltung des Schenkungswiderrufs für das gemischte Geschäft; Müller ist dafür, während sie mir bedenklich und kaum erweislich erscheint.

§ 517.

Eine Schenkung liegt nicht vor, wenn jemand zum Vorteil eines Anderen einen Vermögenserwerb unterläßt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt.

E. I 439, E. II 464, RV. 512. — Mot. S. 290—1, Prot. II S. 8—9.

1. Die Satzung des § 517 stimmt überein mit der herrschenden Lehre des Gemeinen Rechts (Windscheid II § 365 No. 6 mit Belegstellen, anders freilich jetzt Burckhard, der überzeugend darlegt, daß die Römer eine dem § 517 entsprechende Behandlung nicht für jede Schenkung, sondern nur im Sinne des Schenkungsverbots unter Ehegatten eintreten ließen, s. S. 115) und auch wohl dem Landrecht (Dernburg, Privatrecht II § 161 No. 8); für das BGB. ist sie in gewissem Sinne eine bloße Konsequenz aus dem Prinzip des § 516, da im Ablehnen eines künftigen Erwerbes kaum eine Vermögensentäußerung gesehen werden kann. Sie geht aber insofern über das Prinzip hinaus, als:

a) auch ein angefallenes, nur noch nicht endgültig erworbenes Recht nicht Gegenstand einer Schenkung sein soll (z. B. ein bedingtes Recht, Vorkaufsrecht und dergl.).

b) selbst die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, trotzdem sie dem Berechtigten nach den Grundsätzen des BGB. bereits ohne weiteres erworben sind, keine Schenkung begründen soll. Auch das entspricht dem Vorbild des GR., das doch das Vermächtnis wenigstens gleichfalls von Rechtswegen erworben werden ließ. Übrigens stimmt die Behandlung dieses Falles im BGB. zur rückwirkenden Kraft der Ausschlagung, §§ 1953, 2180. Verzicht auf den Pflichtteil zur Lebenszeit des Erblassers ist keine Schenkung, wohl aber Verzicht auf den mit dem Tode des Erblassers ohne weiteres entstandenen (§ 2317 Abs. 1) konkreten Pflichtteilsanspruch, Eck S. 470, Planck Nr. 1b.

2. dagegen werden **befristete** Rechte, ebenso Ansprüche auf künftige, **noch nicht fällige Zinsen**, nicht unter § 517 einzubeziehen sein; bei ihnen kann man schwerlich von einem „noch nicht endgültig erworbenen Rechte" reden. So auch Mot. S. 290, anders freilich auffälligerweise das Römische Recht nach l. 23 pr. D. 39,5.

3. Zweifelhaft ist, ob die Fälle wegen § 517 vom Schenkungsbegriff auszunehmen seien, in denen jemand eine Zuwendung von der zu § 516 Nr. 3 besprochenen Art vornimmt und sich dadurch eine Verdienstquelle verstopft. Cosack § 139 I, 1d nimmt das an, und der Wortlaut unterstützt seine Meinung unleugbar in nicht unerheblicher Weise. Trotzdem halte ich das Gegenteil für richtig; lasse ich den X umsonst in meinem Hause wohnen, so verzichte ich nicht nur auf künftigen Erwerb, sondern entziehe mir zeitweilig die Nutzung eines schon gegenwärtig vorhandenen Vermögensstückes, vermindere also insofern mein Vermögen und bereichere zugleich den andern, wenn auch nicht zum vollen Betrage, so doch wenigstens, indem er dadurch anderweite Ausgaben spart, l 65 § 7 pr. D. 12,6: non quidem quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisses; insoweit „hier geben und nehmen zusammentrifft" (Savigny

System IV S. 33), freilich nur insoweit, steht dabei einer Schenkung nichts im Wege. Ähnlich auch, wenn ich meine Arbeitskraft in den Dienst eines andern stelle: ich verzichte nicht nur auf künftigen Erwerb, sondern entäußere mich insoweit des vorhandenen Vermögensgutes meiner Arbeitskraft.

4. § 517 ist nicht nur Auslegungsregel, sondern **gilt schlechthin**. Die entgegengesetzten Anträge einiger Mitglieder hat die 2. Kommission abgelehnt, s. Prot. II S. 9.

§ 518.

Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich. Das Gleiche gilt, wenn ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis der in den §§ 780, 781 bezeichneten Art schenkweise erteilt wird, von dem Versprechen oder der Anerkennungserklärung.

Der Mangel der Form wird durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt.

E. I 440—1, E. II 465, RV. 513. — Mot. S. 291—5, Prot. II S. 9—21.

1. **Prinzip:** Fast überall sind die Schenkungen gewissen Formen unterworfen worden. Das Gemeine Recht verlangte bekanntlich gerichtliche Insinuation, wenn der verschenkte Betrag einen Wert von über 500 Solidi hatte, und dem folgte das SächsGB. § 1056 unter Festsetzung der kritischen Summe auf 1000 Taler. Das Landrecht beschränkte die Form auf Schenkungsversprechen, schrieb aber andererseits für ein solches stets, ohne Rücksicht auf den Betrag, gerichtlichen Abschluß vor.

Das BGB. folgt unter Beseitigung der Insinuationsvorschriften dem landrechtlichen System; es verlangt für das Schenkungsversprechen ohne Rücksicht auf den Betrag gerichtliche oder notarielle Beurkundung. Nicht aufgenommen ist die weitere landrechtliche Vorschrift, wonach jede durch Übergabe außergerichtlich vollzogene Schenkung innerhalb von 6 Monaten widerrufen werden kann (I, 11, § 1091); ebensowenig der Satz des Code (Art. 931—2), daß jede Schenkung bei Vermeidung der Nichtigkeit notariell abgeschlossen werden muß, ein Satz, den freilich die Praxis, namentlich bei Handgeschenken, vielfach abgeschwächt hat, s. Mot. S. 292, Crome-Zachariae IV § 666.

2. **Nur die Abgabe des Schenkungsversprechens** ist nach § 518 der angegebenen Form unterworfen, **nicht** auch die **Annahme** desselben; sie kann vielmehr gemäß § 516 und dem dort Bemerkten auch gegenüber einem Schenkungsversprechen formlos, selbst stillschweigend erfolgen — es müßte denn sein, daß wegen des Objektes oder aus anderen besonderen Gründen der ganze Akt einer Form bedarf, z. B. nach § 313. Das entspricht auch dem bisherigen Recht, s. Entsch. des RG. XV Nr. 51 S. 218, Landrecht aaO.

3. Die Formvorschrift bezieht sich nur auf die schenkweise **versprochene**, nicht auf die bereits zu diesem Zwecke **hingegebene Leistung**.

a) Tatsächlich vollzogen ist die Leistung überall da, wo der Beschenkte den **materiellen Effekt** der Schenkung unmittelbar in sein Vermögen erlangt hat, mag der die Zuwendung enthaltende oder vermittelnde Akt ihm selbst oder zunächst einem dritten gegenüber vollzogen sein, z. B. bei Zahlung einer fremden Schuld an den Gläubiger.

b) Das trifft zu insbesondere in allen Fällen der **Übergabe** der geschenkten Sachen und was ihr juristisch gleich steht, insbesondere auch bei der traditio brevi manu und dem constitutum possessorium (§§ 929, 930, so auch Prot. S. 18, Erk. des OLG. Marienwerder vom 23. I. 1904. Recht 1904 S. 105). Dasselbe gilt bei Forderungen von der **Zession** (bei Sparkassenbüchern ist nicht sie, sondern nur Übergabe erfordert, so auch OLG. Colmar, DJZ 1903 S. 348); vom schenkweisen **Erlaß und Verzicht**, weil diese den beabsichtigten Rechtseffekt ohne weiteres entstehen lassen, das Vermögen des Beschenkten unmittelbar real bereichern, so auch Prot. aaO., RG. Bd. 53 Nr. 76 S. 296. Anderes muß an sich aber vom bloßen pactum de non petendo gelten, das nur ein Versprechen enthält, die Forderung nicht mehr geltend machen zu wollen. Ein innerer Grund, es an strengere Formen zu binden als den

Erlaß, liegt freilich nicht vor, und so mag die Analogie des letzteren auch seine Formlosigkeit dem Wortlaut zum Trotz vielleicht rechtfertigen können.

Daß die Zession und die anderen genannten Akte von der Form nach § 518 entbunden sind, trifft auch dann zu, wenn sie erst von einem bestimmten späteren Termin ab (z. B. dem Todestage des Schenkers) wirken sollen. Auch eine befristete Zession ist bereits eine Zession. Bedenklich daher das Erkenntnis des K.G. vom 19. VI. 1903 in Rspr. OLG. IX S. 33 (s. auch RG. 25. IV. 1904, DJZ. 04 697), wo die Schenkung einer Bankdepotforderung mit der Maßgabe, daß die Papiere erst nach dem Tode der Schenkerin abgehoben werden dürften, für ein formbedürftiges Schenkungsversprechen erklärt wird. Das Argument, daß die Schenkerin freie Eigentümerin geblieben sei, macht nichts aus, da nicht die Gültigkeit der schenkweisen Überlassung des Eigentums, sondern einer Forderung in Frage stand.

c) Dagegen wird ein **Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis** im Sinne von §§ 780—1 nicht als faktische Realisation des Schenkzweckes angesehen, sondern durch Abs. 2 der Form unterworfen. Dies, obwohl die betreffenden Akte als abstrakte streng logisch von der zu Grunde liegenden causa donandi zu scheiden waren, auch im Leben vielfach als reale Wertobjekte bereits aufgefaßt werden. Der Grund für diese Behandlung ist nach den Prot. II S. 20 darin zu finden, daß es nicht tunlich erschien, das individualisierte Schenkungsversprechen anders zu behandeln als das abstrakte, das doch in Wahrheit nicht mehr als jenes als eine bereits vollzogene reale Leistung gelten kann.

Hat das auch von anderen abstrakten Urkunden, z. B. von der Anweisung, vom Check und besonders vom Wechsel zu gelten, soweit er Schuldversprechen ist? Natürlich nicht in dem Sinne, daß der schenkungshalber ausgestellte Wechsel selbst der Form des § 518 bedürfte: denn er untersteht seinem besonderen Formalismus und muß sich, wenn er seinen Verkehrszweck erfüllen soll, gegen die causa zunächst indifferent verhalten. Gemeint ist mit der Frage vielmehr, ob durch Ausstellung oder Akzept eines Wechsels die Schenkung zwischen den Beteiligten noch nicht vollzogen, also nichtig sei, der Akzeptant oder Aussteller den Wechsel somit von dem zu Beschenkenden kondizieren könne. So in der Tat Meisner Nr. 4c Abs. 4, ferner Dernburg § 206, III, Crome § 230 Anm. 69, Enneccerus S. 627 Anm. 10, v. Tuhr, zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen S. 19 (beachtenswert).

Die entgegengesetzte Ansicht vertreten ein Erk. des RG. Bd. II Nr. 3 S. 5, ferner Endemann § 164 Anm. 13, Planck Nr. 2, Kober-Staudinger Nr. 2. Ihnen hatte sich die Aufl. 1 dieses Kommentars angeschlossen, aus der Erwägung, daß das Leben im Empfang des Wechsels oder sonstigen Wertpapiers schon den eines realen Vermögensvorteils sehe, womit auch die leichte, jederzeitige Realisierbarkeit des Wertes durch Uebertragung bezw. Diskontierung des Papiers übereinstimme, ein Moment, das unsere Fälle von dem einfachen Schuldversprechen scharf scheide. Ich kann aber diese Anschauung heute nicht mehr aufrechterhalten. Wird auch der Wechsel im Verkehr wie eine Sache gewertet, so erzeugt er doch jedenfalls eine Forderung gegen den „Schenker". Dieser hat den materiellen Effekt seiner Freigebigkeit noch nicht tatsächlich aus seinem Vermögen entnommen, sondern sich nur zu einer solchen Entnahme verpflichtet. Daß seine Pflicht aus dem Wechsel abstrakt ist, ändert nichts, denn materiell liegt ihr doch die causa donandi zu Grunde. Wäre ferner (s. v. Tuhr S. 22) die Wechselausstellung schon Leistung der Schenkung, so müßte, wenn diese unter Auflage erfolgt war, der Beschenkte nach § 525 bereits die Auflage erfüllen, ohne doch Sicherheit für die dennächstige Einlösung des Wechsels zu besitzen.

Es ist nach alledem anzunehmen, daß § 518 auf den schenkweise ausgestellten Wechsel Anwendung finde. Der Schenker kann daher mangels Wahrung der Form gegen den Beschenkten einen Bereicherungsanspruch nach §§ 812 ff. geltend machen, ihn auch nach WO. Art. 82 als Einrede gegenüber dessen Wechselanspruch verwerten (nicht aber gegenüber dem Anspruch eines Dritterwerbers des Wechsels).

4. Wie, wenn das Schenkungsversprechen nicht äußerlich selbständig hervortritt, sondern in einen andern Vertrag eingekleidet ist, sei es im Falle des negotium mixtum, sei es nur des Scheines halber? Alsdann muß es genügen, wenn der die materielle Schenkung äußerlich verhüllende Vertrag als solcher die Formalerfordernisse des § 518 erfüllt. So mit Recht RG. Entsch. Bd. 22 Nr. 39 S. 122 in Betreff der Insinuationsform.

5. **Die Folge des Verstoßes gegen die Formvorschrift** müßte an sich nach § 125 eine volle Nichtigkeit des Aktes sein. Dies ist jedoch durch den 2. Entwurf laut Abs. 2 gemildert: der Mangel wird durch die spätere Bewirkung der Leistung

geheilt. Wann diese vorliegt, ergibt sich aus dem zu Nr. 3 Gesagten. Im Falle des Wechsels (s. dort a. E.) wird man, auch wenn man darin nicht schon eine real vollzogene Leistung sieht, immerhin mit Meisner annehmen dürfen, daß der Gläubiger in dessen weiterer Begebung in Höhe des dafür empfangenen Betrages die „versprochene Leistung“ real erlangt habe; der Wechselschuldner kann also das vom dritten Inhaber Gezahlte nicht von jenem mittelst eines Bereicherungsanspruches einfordern.

Teilweise Bewirkung der Leistung macht das Geschäft gültig, soweit sie reicht, aber nicht zum vollen Betrage.

Unerheblich ist es bei der nachträglichen Leistung, ob der Zuwendende von der bisherigen Ungültigkeit seiner Verpflichtung wußte oder nicht. Von einer condictio indebiti kann letzterenfalls schon deshalb nicht die Rede sein, weil jetzt, nach der Leistung, eine gültige causa donationis vorliegt (Abs. 2), die also ihrerseits die vollzogene Leistung gegen Anfechtung stützt. Anders Entw. I und Mot. S. 295, wie hier Prot. II S. 11.

S. noch wegen der durch § 518 geforderten Form § 128 BGB., ferner den landesrechtlichen Vorbehalt in EG. Art. 141, auch § 167 FGG.

7. Ob die Beitragsversprechen zu gemeinnützigen und wohltätigen Zwecken dem Formzwang unterliegende Schenkversprechen seien, ist bestritten, s. die Angaben in Neumanns Jahrb. III S. 229, aber doch wohl für die Regel der Fälle zu bejahen.

§ 519.

Der Schenker ist berechtigt, die Erfüllung eines schenkweise erteilten Versprechens zu verweigern, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer Stande ist, das Versprechen zu erfüllen, ohne daß sein standesmäßiger Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird.

Treffen die Ansprüche mehrerer Beschenkten zusammen, so geht der früher entstandene Anspruch vor.

Literatur: Ritter bei Gruchot 46 S. 43 ff.

E. II 446, RB. 514. — Prot. II S. 21—5, Ber. d. Reichst.-Komm. S. 41.

1. **Prinzip**: Im Gegensatz zur ersten Lesung, aber im Einverständnis mit dem GR. verleiht der § 519 dem Schenker das sogen. beneficium competentiae, Rechtswohltat des Notbedarfs, das auf dem zutreffenden rechtspolitischen Gedanken beruht, daß der Schenker durch seine Freigebigkeit nicht der Gefahr des ökonomischen Ruins ausgesetzt werden darf. Das Landrecht (I, 11, § 1123 ff.) und der Code haben denselben Gedanken in anderer Form verwirklicht; ersteres gibt dem verarmten Schenker einen gesetzlichen Alimentationsanspruch in Höhe von 6 % des Geschenkten, der auch in Form der Einrede geltend gemacht werden kann (s. Dernburg, Privatrecht II § 164 Nr. 4). S. auch BGB. § 528.

Und zwar steht ihm die Kompetenz gemäß § 519, wie im GR. nach l. 12 D. 39,5, nicht nur dann zu, wenn die nach Erfüllung der Schenkung verbleibenden Aktiva zum standesgemäßen Unterhalt nicht ausreichen würden; der Schenker kann vielmehr auch eine Berücksichtigung seiner sonstigen Verbindlichkeiten verlangen. Was darunter zu verstehen sei, ist nicht zweifellos. Aufl. 1 dieses Kommentars, ebenso Schollmeyer S. 52, gestattete dem Schenker den vollen Betrag seiner übrigen Schulden in Ansatz zu bringen, nur der Überschuß soll bei Beurteilung des ihm nach § 519 zu Belassenden in Rücksicht gezogen werden. Dagegen Opet, Verwandtschaftsrecht S. 77: der Schenker dürfe nur geltend machen, daß die sonstigen Verbindlichkeiten zur Erfüllungszeit seinen Vermögensstand in einer bestimmten Weise beeinflussen würden. Dabei sind nicht alle Verbindlichkeiten gleichmäßig in Betracht zu ziehen, sondern es ist, je nach dem Maße der Wahrscheinlichkeit ihrer zwangsweisen Beitreibung, eine Reihenfolge zu bilden; insbesondere sind betagte, bedingte und sonst vermutlich erst später zu erfüllende grundsätzlich nicht — oder doch höchstens beschränkt — zu berücksichtigen.

Das dürfte in der Tat dem Wortlaut wie dem Sinn des § 519 allein entsprechen; es heißt ja nicht: „soweit er unter Abzug“, sondern nur: „soweit er unter Berücksichtigung . . .“. Eine Berücksichtigung darf aber nicht nur die formelle Existenz,

sondern auch und vor allem die tatsächliche Bedeutung der Verbindlichkeiten beachten. So z. B. würde eine alte, der Verjährung vielleicht nahe Verbindlichkeit gegen einen Angehörigen, die dieser nie geltend zu machen versucht und vielleicht längst vergessen hat, in der Regel nicht in Betracht kommen. Ebensowenig bedingte Verbindlichkeiten, wenn die Erfüllung der Bedingung überhaupt oder doch in absehbarer Zeit nicht zu erwarten steht, wohl auch langbefristete u. dergl.

2. **Geltendmachung:** Wie im GR., wird die Rechtswohltat des Notbedarfs auch nach dem BGB. geltend gemacht durch Einrede. Genauer handelt es sich dabei um eine rechtsverfolgende Einrede, um die Geltendmachung eines sog. Gegenrechtes, s. dazu Fischer in Iherings Jahrb. 34 454 ff., 465. Nicht ist der Anspruch des Beschenkten von vornherein insoweit ausgeschlossen; das würde dem Wortlaut des Paragraphen („der Schenker ist berechtigt . . . zu verweigern"), aber auch wohl dem Sinn, widersprechen. Darum kann auch das Recht des Notbedarfs nicht von Amts wegen geltend gemacht werden. Wäre allerdings der in den Prot. II S. 22 auftauchende Gesichtspunkt der durchschlagende, daß der Beschenkte durch Inanspruchnahme des in seiner Kompetenz bedrohten Schenkers stets „gegen Anstand und gute Sitte" verstoßen würde, so möchte die gegenteilige Annahme nahe liegen; aber schwerlich trifft den Beschenkten immer ein solcher Vorwurf, weder er noch das Gericht werden die Lage des Schenkers ohne dessen Angaben genügend übersehen können, um über die Voraussetzungen des § 519 ein richtiges Urteil zu gewinnen.

3. **Verzicht:** Andererseits muß ein vorgängiger Verzicht des Schenkers auf die Einrede des § 519 als unzulässig angesehen werden. Ein solcher würde dessen Zwecke als einem sozialen Schutzgesetze schnurstracks zuwiderlaufen, ist auch mit seinem kategorischen Wortlaute (s. die andersartige Formulierung in dem gleich folgenden dispositiven § 520!) unvereinbar.

4. **Voraussetzungen der Einrede:** Der Schenker kann die Erfüllung verweigern:

a) **wegen Gefährdung seines eigenen standesmäßigen Unterhalts.** Was dazu gehört, ist zu § 1610 BGB. zu bestimmen, wo von dem Begriff ausführlicher gehandelt wird. Es wird einmal auf die soziale Stellung, zum andern auf die besonderen Bedürfnisse des Betreffenden ankommen.

b) **wegen Gefährdung der ihm gesetzlich obliegenden Unterhaltspflichten,** einerlei, ob sie als standesmäßige oder notdürftige zu leisten sind. Die vertragsmäßigen gehören also nicht dahin, wohl aber die durch Vergleich oder sonstigen Dispositivakt als solche noch besonders anerkannten gesetzlichen; indirekt kommen indes auch erstere insofern in Betracht, als sie zu den „sonstigen Verpflichtungen" gehören, auf die bei Berechnung des Vermögens des Schenkers Rücksicht zu nehmen ist.

Die Fälle der gesetzlichen Unterhaltspflichten hier erschöpfend aufzuzählen, ist unnötig (s. Fischer-Henle Nr. 5), die wichtigsten finden sich in §§ 1360—61, 1578, 1583, 1601, 1705, 1708.

Zur Begründung der Einrede gehört nicht, daß der Unterhalt usw. dem Beklagten durch die Erfüllung des Schenkversprechens bereits gegenwärtig beeinträchtigt, es genügt vielmehr, daß er gefährdet werde; wann das der Fall ist, läßt sich nur aus der Sachlage beurteilen. Nur in einer Beziehung stehen die gesetzlichen Unterhaltspflichten anders als die vertragsmäßigen: für letztere ist allein der reale Betrag abzusetzen, nicht darüber hinaus auf künftige Gefährdung des Pflichtigen Rücksicht zu nehmen.

Ob die Einrede auch vom Schuldübernehmer geltend gemacht werden kann, ist zweifelhaft. Der Wortlaut des § 417 spricht für die Bejahung, und wenn er auch nicht Schenker ist, übernimmt er doch die Schuld in ihrer bisherigen kausalen Beziehung und den daraus entspringenden Besonderheiten. Die Frage ist daher zu bejahen, so auch Neumann Nr. 2, Kober-Staudinger Nr. IV. Dagegen dürfte sie dem Bürgen zu versagen sein, trotz § 768. Keinenfalls hat er sie aus eigenem Recht, denn er ist eben nicht Schenker. Aber auch nicht aus dem Recht des Hauptschuldners. Denn der Zweck seiner Verpflichtung ist doch Sicherung des Gläubigers gegen die Insolvenz des Schuldners. Diesem Zweck wäre es direkt zuwider, wenn der Bürge die auf der im Sinne des § 519 der Leistungsunfähigkeit gleichwirkenden Bedürftigkeit beruhende Einrede des Schuldners für sich verwenden wollte, während er doch vielleicht gerade darum sich verbürgt hat, um dem Gläubiger die Gefahr jener Bedürftigkeit abzunehmen.

5. **Wirkungen der Einrede:** Die Einrede bewirkt Abweisung der Klage, soweit sie begründet ist; also möglicherweise nur teilweise Abweisung, wenn nach Abzug

der Kompetenz noch Vermögen freibleibt, aber nicht zur völligen Begleichung der Schenkung genügt.

Ist die einmal erfolgte Abweisung des Klägers endgültig, oder kann er bei späterer Änderung der Sachlage von neuem klagen? Man wird sich für letzteres entscheiden; dafür spricht das Vorbild des Gemeinen Rechts und der Sinn wie der Wortlaut des Paragraphen. Der Anspruch des Beschenkten wird nicht beseitigt, sondern nur durch einen Gegenanspruch lahmgelegt, lebt also nach dessen Beseitigung wieder auf. Auch die Einrede der Rechtskraft (§ 322 ZPO.) steht dem nicht entgegen, da der Anspruch dem Kläger im Urteil nicht aberkannt, sondern nur seine derzeitige Durchsetzbarkeit geleugnet ist. Jedoch wird bei wiederholter Klage der Beschenkte Momente dafür vorbringen müssen, daß die Sachlage sich geändert habe; mangels solcher verbleibt es bei der Rechtskraft des ersten Urteils. Wie hier die Meisten, so Crome § 231 Anm. 19, Kipp-Windscheid S. 102, Kober-Staudinger Nr. I, 7, Schollmeyer S. 52, Siber, Rechtszwang S. 186. Dagegen, aus kaum überzeugenden Gründen, Hellwig, Anspruch S. 317 Anm. 5, Langheineken, Anspruch S. 275, Zitelmann, Grundriß S. 139.

6. **Mehrfache Schenkung:**

a) sind die **Ansprüche daraus zu verschiedenen Zeiten entstanden**, so geht nach Abs. 2 der ältere vor. Nur auf die Entstehung des Anspruches als eines klagbaren, nicht auf die Zeit des Schenkungsaktes kommt es dabei an — ist der erste Akt bedingt oder befristet, und wird vor Eintritt von Bedingung oder Termin eine zweite Schenkung vorgenommen, so hat sie den Vorrang. Auch eine rückwirkende Kraft der Bedingung wird daran dem dritten Beschenkten gegenüber nichts ändern können, sie wirkt nach § 159 nur unter den Parteien.

Natürlich darf der Schenker den späteren Anspruch auch nicht als „sonstige Verpflichtung" in Abzug bringen, sonst würde die Wirkung des Satzes zu nichte gemacht werden.

Wenn der Schenker die Berufung auf die Rechtswohltat gegenüber dem zuerst klagenden späteren Berechtigten versäumt, so kann er darum dem früheren keine Einrede entgegensetzen, da dessen Recht nach Abs. 2 eben „vorgeht" und doch wohl durch die Unterlassung des Schenkers nicht geschmälert werden kann, Schollmeyer S. 53, Crome § 231 Anm. 22, Zitelmann, Grundriß S. 139, Kober-Staudinger II, 1. Anders Planck Nr. 2, Dernburg § 208, III, 5: der Schenker habe im genannten Fall nur dann nicht die Einrede gegen den ersten Beschenkten, wenn er sie dem zweiten gegenüber blos deshalb nicht verwendet habe, damit er jenen schädige. Wie Dernburg auch Kipp S. 101: der erste Beschenkte soll nur im genannten Fall gegen die Einrede aus § 519 eine Replik der Arglist oder des groben Verschuldens haben. Der Wortlaut ist, zugegeben, gegen diese Meinung nicht entscheidend; denn man könnte anzunehmen geneigt sein, daß nach Befriedigung des zweiten Beschenkten der in Abs. 2 zu Grunde gelegte Tatbestand vom „Zusammentreffen" mehrerer Ansprüche nicht mehr zutreffe, die Einrede also fortan vollauf wieder anwendbar sei. Aber bei dieser Auslegung wäre das dem ersten Schenknehmer in Abs. 2 gewährte Vorrecht doch fast ganz inhaltlos, dem Belieben des Schenkers preisgegeben. Man wird vielmehr annehmen, daß schon durch das Nebeneinandertreten der beiden Schenkansprüche durch Abs. 2 eine feste Rangordnung der beiden Ansprüche im Sinne ihrer Entkräftbarkeit durch die Einrede aus § 519 eingeführt ist, und daß der Schenker diese nicht mit Rechtswirksamkeit durchbrechen kann. Hat der Schenker nunmehr einen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger? Schollmeyer verneint ihn, da der letztere nichts sine causa habe. Aber steht dem Schenker nicht vielleicht eine condictio indebiti zu? Der Empfänger hatte zwar nur ein durch Einrede entkräftbares Forderungsrecht, indes ist die Einrede — s. oben Nr. 5 — doch wohl nur als dilatorische anzusehen, nicht als peremptorische, die nach § 813 allein die condictio indebiti begründet. Es bleibt also höchstens der Anspruch aus § 528, s. Bem. dazu.

b) **sind sie gleichzeitig entstanden**, so soll nach Schollmeyer aaO. dem Schenker die Wahl zustehen, welchen Anspruch er erfüllen will. Ich möchte mich dem im Ergebnis anschließen. Da der Schenker durch § 519 nicht frei wird von seiner Verbindlichkeit, kann er noch immer wirksam zahlen an wen er will und dadurch seinem Vermögen das von der Kompetenz freibleibende Quantum entziehen, ohne daß die andern Berechtigten das zu hindern in der Lage wären.

7. **Beweis:** Die Voraussetzungen des § 519 muß natürlich der Schenker beweisen.

8. § 519 bezieht sich nur auf **Schenkungsversprechen** im Sinne von § 518; wegen real erfüllter Schenkungen s. § 528 und Bem. dazu.

§ 520.

Verspricht der Schenker eine in wiederkehrenden Leistungen bestehende Unterstützung, so erlischt die Verbindlichkeit mit seinem Tode, sofern nicht aus dem Versprechen sich ein Anderes ergibt.

E. I 447, E. II 467, RV. 515. — Mot. S. 298—9, Prot. II S. 30.

1. **Allgemeines:** Auch der § 520 dient dem Zwecke, einer allzu weitgehenden Wirkung der Schenkungsversprechen entgegenzutreten, stellt aber im Gegensatz zu § 519 nur dispositives Recht dar. Ein schenkweises Versprechen von „in wiederkehrenden Leistungen bestehenden Unterstützungen" ist mangels besonderer gegenteiliger Abrede passiv nicht vererblich. Daß auch von aktiver Vererblichkeit dabei normalerweise keine Rede sein kann, ergibt sich schon aus dem Inhalt derartiger Zuwendungen; es ist zudem für die einzelnen hier in Frage kommenden Fälle besonders bestimmt, so für die Leibrente (§ 759), den allgemeinen Unterhaltsanspruch (§ 1615) und den Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes (§ 1713).

Nach § 520 erlischt nur die Verbindlichkeit als solche; **die einmal fällig gewordenen Ansprüche** bleiben trotz des Todes des einen oder anderen Teiles bestehen.

§ 521.

Der Schenker hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

E. I 442, E. II 468, RV. 516. — Mot. S. 296, Prot. II S. 21.

1. **Allgemeines:** Daß der Schenker für Verschulden, Verzug, Mängel der Leistung tunlichst milde hafte, ist gleichfalls ein Gemeingut der bisher in Deutschland geltenden Rechte; vom ersteren redet § 521. Wie das Gemeine Recht (Dernburg, Pand. II § 107 Nr. 2), das Landrecht (I 11, § 1076) und das SächsGB. (§ 1055) — nur der Code enthält sich besonderer Bestimmungen darüber — beschränkt auch das BGB. die Haftung des Schenkers auf Vorsatz und grobes Verschulden. Es ist damit eine, offenbar innerlich wohlbegründete, Ausnahme vom Haftungsprinzip des § 276 geschaffen. Die Pflicht zur Leistung des infolge des schädigenden Umstandes erlangten Surrogates, die § 281 dem Schuldner ganz allgemein auflegt, trifft natürlich auch den Schenker.

Die Abmilderung der Haftung kommt auch den Rechtsnachfolgern des Schenkers zu statten; sie können offenbar nicht strenger haften, als der ursprüngliche Schuldner.

2. **Durch Vertrag** kann die Haftung bei der allgemeinen Vertragsfreiheit sowohl verschärft wie weiter ermäßigt werden; nur der vertragsmäßige Ausschluß der Vorsatzhaftung ist auch hier angesichts § 276 Abs. 2 unwirksam.

3. Besondere Bestimmungen wegen der Haftung für rechtliche und faktische Mängel des geschenkten Gegenstandes sind gegeben in §§ 523—4; die allgemeine Regel des § 521 findet demgegenüber insbesondere Anwendung:

a) bei Nichterfüllung der Schenkung, insbesondere auch im Sinne der Verzugserfordernisse, § 285.

b) bei sogen. positiven Vertragsverletzungen (s. oben zu § 276 Bem. 5).

c) auch bezüglich der Haftung auf das negative Interesse aus §§ 307, 309 (Versprechen einer unmöglichen oder verbotenen Leistung). Allerdings ist hier keine gültige Schenkung zustande gekommen, aber der Versprecher hat doch immer das ungültige Versprechen donandi causa, als Schenker gemacht. Warum sollte er auch für Verschulden bei Vertragsverhandlungen schärfer haften als für solches innerhalb eines bestehenden Vertragsverhältnisses? Übereinstimmend Prot. II S. 21.

§ 522.

Zur Entrichtung von Verzugszinsen ist der Schenker nicht verpflichtet.

E. I 445, E. II 469, RV. 517. — Mot. S. 297—8, Prot. II S. 29—30.

1. **Allgemeines:** Wie jeder Schuldner, kann auch der Schenker in Leistungsverzug kommen; es gelten darüber betreffs der Voraussetzungen und Folgen im Prinzip die

allgemeinen Regeln der §§ 284 ff. Nur erfordert der Eintritt nach § 521 grobes Verschulden, und hinsichtlich der Verzugszinsen ist durch § 522 von dem Satze des § 288 eine Ausnahme gemacht, die ebenfalls, wie die vorigen Paragraphen, mit dem geltenden Recht übereinstimmt, s. l. 22 D. 39,5; Landrecht I, 11, § 1079.

Auch diese Haftungsabmilderung kommt neben dem Schenker seinen Rechtsnachfolgern zugute (anders freilich Landrecht § 1081); sind sie auch nicht selbst Schenker, so beruht ihre Verbindlichkeit doch immer auf der causa donationis, und das Privileg des § 522 ist offenbar causae, non personae datum. So auch Planck Abs. 2.

2. **Schadensersatz — Prozeßzinsen**: Ausgeschlossen ist nur der Anspruch auf Verzugszinsen, nicht aber der auf Ersatz des sonstigen dem Beschenkten durch den Verzug erwachsenen Schadens (§ 286). Besteht dieser in nachweislichem Entgang sonst gezogener Zinsen (z. B. bei unseren Banken jederzeit zu erlangender Depositalzinsen), so wird der Schenker diese wohl zu ersetzen haben. In entsprechender Anwendung des § 522 auch diese Ersatzpflicht abzulehnen, sind wir bei dem offenbar singulären Charakter der Bestimmung nicht berechtigt.

Ebenso muß der Schenker die Prozeßzinsen im Sinne von § 291 zahlen, wie auch schon im Gemeinen Recht (Windscheid, II § 366 No. 4 und die dort mitgeteilten Erkenntnisse). Sie sind eben keine Verzugszinsen und werden gegebenenfalls auch ohne eigentlichen Verzug geschuldet.

3. Haftet der Schenker von Sachen wegen der gezogenen oder schuldhaft zu ziehen unterlassenen Nutzungen? Vor dem Verzuge jedenfalls nur dann, wenn die Schenkungsabsicht ausnahmsweise gerade auch darauf ging; für die Zeit nach dem Verzuge oder dem Eintritt der Rechtshängigkeit muß er dafür, wie jeder andere Schuldner, aufkommen; die §§ 286 und 292 sind hier eben nicht ausgeschlossen (s. auch Landrecht I, 11, §§ 1077—78).

§ 523.

Verschweigt der Schenker arglistig einen Mangel im Rechte, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Hatte der Schenker die Leistung eines Gegenstandes versprochen, den er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte wegen eines Mangels im Rechte Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Die für die Gewährleistungspflicht der Verkäufers geltenden Vorschriften des § 433 Abs. 1, der §§ 434 bis 437, des § 440 Abs. 2 bis 4 und der §§ 441 bis 444 finden entsprechende Anwendung.

Literatur: Dissert. von J. Schmidt, Greifswald 1902, und E. Cohn, Marburg 1903.

E. I 443, E. II 470, RV. 518, Mot. S. 296—7, Prot. S. II 25—8.

1. **Allgemeines Prinzip der Verpflichtung**: § 523 handelt von der Haftung des Schenkers wegen juristischer Mängel des verschenkten Gegenstandes. Es ist dabei im Sinne des BGB. von dem schon oben Vorbem. 3 a. E. anerkannten Satze auszugehen, daß der Schenker nicht oder doch nicht schlechthin zur Verschaffung des Rechts gegenüber dem Beschenkten verpflichtet ist. Diese Pflicht ist, im Gegensatz zum Kauf (§ 433 Abs. 1), für die Schenkung nicht aufgenommen, und zwar, wie sich zeigen wird, geflissentlich. Das Gesetz unterstellt, daß der Schenker normalerweise nicht unter allen Umständen dem Beschenkten ein Recht verschaffen will, sondern nur den Gegenstand so, wie er ihn selbst hat, so auch Prot. S. 26, Planck Nr. 1a. Ihm von Rechts wegen ein Mehr von Verpflichtung aufzulegen, hat das Gesetz sich — mit Fug — nicht veranlaßt gesehen.

2. **Fälle der Haftung:** Dies Prinzip gilt indes weder im GR. noch im BGB. ausnahmslos, und auch sofern es gilt, entbindet es den Schenker nicht von jeder Verantwortung für die rechtlichen Mängel seiner Leistung.

Im GR. war die Frage der Haftung streitig: die herrschende Meinung ließ den Schenker nur haften:

a) allgemein aus dolus und Garantieübernahme.

b) Davon abgesehen aus dem Versprechen eines gattungsmäßig bestimmten Gegenstandes: denn das Versprechen ist durch Lieferung eines ihm nicht gehörigen Stückes nicht erfüllt, Windscheid § 366 Nr. 4. Er haftet also dann noch auf Erfüllung, daneben auch nach Wahl des Beschenkten auf Ersatz wegen Eviktion (dagegen freilich Dernburg, Pand. II § 107 No. 6.)

Das Landrecht stand im Prinzip auf dem Boden der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie, ließ aber die Haftung auf Schadensersatz nur bei dolus des Schenkers eintreten (I, 11, §§ 1083 ff.).

Dem folgte der erste Entwurf; der zweite und nach ihm das BGB. haben aber eine andere Abgrenzung vollzogen. Der Schenker soll nunmehr haften:

a) bei **arglistigem Verschweigen** auf Schadensersatz, Abs. 1. Über den Begriff eines arglistigen Verschweigens s. Bem. zu § 443; der Schadensersatz ist zu leisten nach §§ 249 ff.

Es fragt sich aber, ob das positive Erfüllungs- oder nur das negative Interesse zu ersetzen ist (im Sinne von §§ 122, 307), d. h. der dem Beschenkten durch das Vertrauen auf den unanfechtbaren Erwerb entstandene Schaden, z. B. Prozeßkosten, Verlust kostspieliger Aufwendungen auf den Gegenstand, Versäumung anderer fester Erwerbsgelegenheit.

Mit den Prot. II S. 27 und der anscheinend allgemein anerkannten Lehre (s. z. B. Fischer-Henle No. 3, Planck Nr. 1a, Kober-Staudinger Nr. 2a β) ist das letztere anzunehmen; denn nach dem zu Nr. 1 Gesagten ist der Schenker nicht zur Verschaffung des Rechtes verpflichtet, das Unterlassen derselben begründet also als solches keine dem Beschenkten widerrechtlich zugefügte Schädigung, für die der Schenker aufzukommen hätte. Das deutet auch der Gegensatz im Wortlaut von Abs. 1 und 2 an: den daraus entstehenden Schaden — Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Grobe Fahrlässigkeit steht der Arglist in dieser Richtung nicht gleich; auch auf § 307 kann man nicht eine Haftung des Schenkers ihretwegen mit Meisner Nr. 3 stützen wollen (s. auch Prot. aaO.), da § 307 nur den hier nicht vorliegenden Fall eines wegen objektiver Unmöglichkeit ungültigen Vertrages regelt. So auch Planck Nr. 1a Abs. 2.

b) bei übernommener **Garantie** haftet der Schenker im Sinne und Umfange der Übernahme, also nicht nur auf Verschaffung des Rechtes, sondern auch gegebenenfalls auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Das ist trotz des Fehlens einer besonderen gesetzlichen Bestimmung zweifellos.

c) Davon abgesehen, haftet der Schenker nach Abs. 2 dann, **wenn er die Leistung eines erst zu erwerbenden Gegenstandes versprochen hat.** Ob die versprochene Sache im übrigen gattungsmäßig oder speziell (z. B. ich verspreche dem X schenkweise ein bestimmtes vom Händler zu kaufendes Pferd) bestimmt war, ist gleichgültig, andererseits genügt es nicht, wenn das übrigens nur gattungsmäßig bestimmte Objekt nicht erst erworben, sondern aus den Beständen des Schenkers geliefert werden soll.

Aber auch hier ist die Haftung nicht schlechthin angeordnet, sondern zunächst nur in den Fällen, wo der Schenker beim Erwerb des gelieferten Gegenstandes (nicht nur: der Sache) den Mangel im Recht gekannt oder nur infolge grober Nachlässigkeit (im Sinne der Bem. 1b zu § 276) nicht gekannt hat.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so haftet der Schenker in demselben Maße, wie es wegen des Rechtsmangels ein Verkäufer nach den in Satz 2 angeführten Paragraphen tun würde, d. h. also zunächst auf Beseitigung des Mangels, event. auf das volle Erfüllungsinteresse im Sinne von § 280. Der Grundgedanke ist hier m. E. nicht der, daß die Anschaffung der Sache in solchem Falle zur Erfüllung des Versprechens gehört, und daher der Schenker bei ihr ebenso, wie bei der eigentlichen Erfüllung, entsprechend § 521 Vorsatz und grobes Verschulden vertreten müsse (Planck Nr. 1b); denn das würde immer nur, wie nach Abs. 1, eine Haftung auf das negative Interesse begründen. Ich sehe den Grund vielmehr darin, daß hier

dem Schenker geradezu eine Verschaffungspflicht wegen des Rechtes auferlegt wird. Das geht doch aus Satz 2 hervor, der u. a. die §§ 433 Abs. 1 und 434 für entsprechend anwendbar erklärt, Vorschriften, in denen eine Verschaffungspflicht hinsichtlich des unbelasteten Rechtes in aller Form anerkannt ist.

3. Ist das zu 2c Gesagte richtig, so bezieht die Beschränkung der Haftung in Abs. 2 sich nicht auf die Pflicht zur Verschaffung, sondern nur auf die Pflicht zur Leistung des Schadensersatzes, von der ja auch Satz 1 allein redete.

Zunächst bleibt der Schenker, soweit möglich, noch zur Verschaffung eines Gegenstandes der versprochenen Art verpflichtet. Daß er davon frei geworden sei, dafür ist kein Rechtsgrund einzusehen; keine positive Norm des Gesetzes zwingt uns zu solcher Annahme. Ist freilich die Leistung nicht mehr möglich (§§ 275, 279), so haftet er natürlich nicht mehr auf Verschaffung, und auf Schadensersatz nach §§ 521, 523 Abs. 2 nur bei Vorsatz und grobem Verschulden. So auch Kober-Staudinger Nr. 2b β. Anders freilich die meisten, so Cohn S. 59ff. und dazu Ungewitter bei Gruchot 48 431, ferner Goldmann-Lilienthal S. 533—4, die eine Verschaffungspflicht auch hier ablehnen. Die Berufung auf § 433 bedeute nur die Feststellung, für welche Rechtsmängel der Schenker hafte, nicht, wie er hafte.

Das erscheint nicht überzeugend, wenn auch die Frage, zugegeben, zweifelhaft sein mag. Die Anwendung des § 440 Abs. 2—4, namentlich 2 a. E., spricht gleichfalls für die hier verfochtene Meinung. Die wichtigste Folge des gegnerischen Standpunktes ist: solange der Beschenkte in Besitz und Nutzung bleibt, darf er den Schenker gar nicht in Anspruch nehmen, weder auf Ersatz — nach dem entsprechend anwendbaren § 440 —, noch auf Verschaffung, weil er dazu nicht verpflichtet ist.

Für Maß und Inhalt der Verpflichtung ist im übrigen das Vorbild des Kaufes maßgebend, dessen einschlägige Paragraphen laut Satz 2 entsprechende Anwendung finden sollen. Eine nähere Erläuterung, wohin diese hier führe, dürfte überflüssig sein. Aus den Erörterungen zu § 440 geht insbesondere hervor, wann statt auf nachträgliche Erfüllung auf Ersatz geklagt werden könne oder müsse; anders ist hier nur die Beschränkung der Ersatzklage auf die Fälle des Abs. 2 Satz 1.

§ 524.

Verschweigt der Schenker arglistig einen Fehler der verschenkten Sache, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Hatte der Schenker die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache versprochen, die er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte, wenn die geleistete Sache fehlerhaft und der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, verlangen, daß ihm an Stelle der fehlerhaften Sache eine fehlerfreie geliefert wird. Hat der Schenker den Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Beschenkte statt der Lieferung einer fehlerfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Auf diese Ansprüche finden die für die Gewährleistung wegen Fehler einer verkauften Sache geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

E. I 444, E. II 471, RV. 519. — Mot. S. 297, Prot. II S. 28—9.

1. Nach dem bisherigen Rechte haftete der Schenker für faktische Mängel des geschenkten Gegenstandes nur bei Arglist und besonderer Garantieübernahme, f. l. 62 D. 21,1; Landrecht I, 11, § 1083. Das hat das BGB. im allgemeinen beibehalten, unterscheidet aber auch hier ähnlich, wie nach § 523 hinsichtlich der rechtlichen Mängel:

a) **bei arglistigem Verschweigen** — nicht jedes Verschweigen ist natürlich arglistig, s. oben zu § 443 Nr. 1 — haftet er auf das negative Interesse, wie nach § 523,

s. Bem. dazu 2a. Also z. B., wenn das geschenkte kranke Tier den Bestand des Beschenkten infiziert hat.

b) auch für den Fall **übernommener Garantie** gilt das zu § 523 Gesagte entsprechend, s. Bem. 2b.

c) davon abgesehen, haftet der Schenker nach **Absatz 2** wieder unter den **entsprechenden Voraussetzungen, wie sie § 523 Abs. 2 aufstellt** und worüber dazu Nr. 2c das Nötige bemerkt worden ist. Dies aber, anders als nach dem insoweit nicht unterscheidenden § 523 Abs. 2, nur beim gattungsmäßig bestimmten Schenkversprechen.

Zum Teil anders als im Falle rechtlicher Mängel sind jedoch die **Wirkungen** der Haftung hier geregelt.

α) Zunächst kann der Beschenkte Nachlieferung eines fehlerfreien Stückes statt des mangelhaften verlangen. Das aber natürlich nicht in den denkbaren Fällen, wo die Nachlieferung unmöglich ist, s. darüber § 279 und Bem. dazu. Ist die Unmöglichkeit oder das Unvermögen alsdann wiederum durch Vorsatz oder grobes Verschulden herbeigeführt, so wird der Schenker auf Schadensersatz haften; daß ihn nach Abs. 2 Satz 2 eine solche Ersatzpflicht nur bei arglistigem Verschweigen trifft, ist kein Gegenbeweis, da Satz 2 einen von vornherein statt des Nachlieferungsanspruches wahlweise zustehenden Ersatzanspruch im Auge hat, während in dem hier besprochenen Fall der Ersatzanspruch nur an Stelle des unmöglich gewordenen Lieferungsanspruchs treten soll. Dagegen ist nicht anzunehmen, daß der Schenker für sein Unvermögen auch ohne Verschulden einstehen solle; § 279 wird m. E. durch § 521 zurückgedrängt.

β) wenn der Schenker dem Beschenkten Fehler arglistig verschwiegen hatte, also nicht schon unter den freieren Voraussetzungen des § 523 Abs. 2, haftet er ihm nach Wahl des Beschenkten statt der Nachlieferung auf Schadensersatz (das positive Erfüllungsinteresse).

2. Für die Ansprüche wegen der Mängel der Schenksache zu c (nicht auch zu a b) finden die Regeln über die Gewährschaftsansprüche beim Kauf entsprechende Anwendung, also für den Nachlieferungsanspruch die §§ 480, 491, für den Ersatzanspruch die §§ 463, 464, 476—9. Auch deswegen erübrigt sich eine besondere Erläuterung.

3. § 524 bezieht sich nur auf **Mängel** im engeren Sinn (= Fehler, § 459 Abs. 1), nicht auf zugesicherte Eigenschaften im Sinne von § 459 Abs. 2. Für diese wird nach dem Entwurf II und dem BGB., im Gegensatz zu Entwurf I, bei der Schenkung überhaupt nicht gehaftet, es liege denn geradezu vertragsmäßige Garantieübernahme vor. Das enthält zwar vom Standpunkt derer nichts Besonderes, die in einer wirklichen „Zusicherung" — nicht bloß Angabe — einer Eigenschaft ein Garantieren derselben sehen (s. oben zu § 459 Nr. 5), wohl aber für diejenigen, die beim Kauf zwischen beiden einen Unterschied machen. Jedenfalls wird man hier, bei einem Akte der Freigebigkeit, in der Annahme einer verpflichtenden Zusicherung im Sinne von Garantieübernahme viel zurückhaltender und vorsichtiger sein müssen, als beim Kauf — keinenfalls genügt eine einseitige Versicherung, sie muß vielmehr vom Gegner als Grundlage eines wirklichen Garantieversprechens angenommen sein.

§ 525.

Wer eine Schenkung unter einer Auflage macht, kann die Vollziehung der Auflage verlangen, wenn er seinerseits geleistet hat.

Liegt die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse, so kann nach dem Tode des Schenkers auch die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen.

E. I 448¹, E. II 472, RV. 520. — Mot. S. 299—301, Prot. II S. 30—1.

Literatur: Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897 S. 529ff., Lammfromm, Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag, 1897 S. 78ff., Fr. Haymann, Schenkung unter einer Auflage 1905. Über die Auflage allgemein: Windscheid, Lehre von der Voraussetzung 1850, Pand. I § 97, Dernburg, Pand. I § 115 und die dort No. 1 und 16 zitierten; historisch: Pernice: Labeo III S. 1ff.

1. **Begriff der Auflage.** Die §§ 525—7 behandeln die Schenkung unter einer Auflage (donatio sub modo). Unter Auflage versteht die gemeinrechtliche Wissenschaft die einer Zuwendung beigefügte Nebenbestimmung, durch die der Empfänger zur Verwendung des Empfangenen oder seines Wertes für einen bestimmten Zweck verpflichtet wird. Im Gegensatz zur Bedingung wird hier der Rechtserwerb des Begünstigten nicht aufgeschoben, aber er muß andererseits die Verwendung vornehmen, was bei der Erfüllung der Bedingung nicht der Fall ist.

Solche Auflagen finden sich nur bei unentgeltlichen Zuwendungen, also Schenkungen und letztwilligen Verfügungen, bei den Austauschgeschäften ist für sie kein Raum. Die Theorie behandelte sie indes im Allgemeinen Teil mit den Bedingungen und Befristungen im Kapitel vom Inhalt der Rechtsgeschäfte. Vereinzelt suchte man auch (Windscheid und Bekker, dagegen namentlich Lenel) für den Begriff des modus den weiteren, auch beim zweiseitigen Vertrag anwendbaren der Voraussetzung einzustellen. Dem BGB. ist der Begriff der Voraussetzung, wenigstens im allgemeinen (s. nur die problematische Anwendung in § 459, dazu Bem. Nr. 4b), fremd, wenigstens nach der bisher so gut wie allgemeinen Annahme. Aber auch eine allgemeine Bestimmung der Auflage findet sich im Allgemeinen Teil neben Bedingung und Befristung (Abschn. 3 Tit. 4) nicht, sie kommt nur vor:

a) bei der Schenkung,

b) bei den letztwilligen Verfügungen, §§ 1940, 2192—6.

Doch ist die nähere Ausgestaltung bei beiden verschieden: nur die Schenkungs-, nicht auch die letztwillige Auflage erzeugt einen direkten Anspruch des mit ihr Begünstigten gegenüber dem Belasteten.

2. **Rechtliche Behandlung der Schenkungsauflage.** Das RR. gab dem Zuwendenden ursprünglich keinen Anspruch auf Erfüllung der Auflage, sondern nur bei Ausbleiben derselben eine Rückforderung (condictio ob causam datorum). Erst später gewährte man dem sub modo Schenkenden eine actio praescriptis verbis, s. l. 9, 22 Cod. 8, 53 (54), und bei obwaltendem öffentlichen Interesse schritt die Obrigkeit ein.

Das Landrecht bedeutete dagegen insoweit einen Rückschritt, als es nach der herrschenden, freilich bestrittenen Ansicht nur einen Anspruch auf Rückgewähr zuließ. Die anderen modernen Gesetzgebungen folgten dagegen dem Römischen Recht.

Das BGB. stimmt mit dem bisherigen GRecht überein; es gewährt:

a) **einen Anspruch auf Vollziehung der Auflage,** § 525 Abs. 1. Diesen aber erst nach vollzogener Leistung des Schenkers; das Zurückbehaltungsrecht oder die Einrede des nicht erfüllten Vertrages stehen diesem also nicht zu, wenn er aus dem Schenkungsversprechen auf Erfüllung in Anspruch genommen wird. Umgekehrt muß der Schenker als Kläger auf die Auflage die Erfüllung des Schenkungsversprechens nachweisen. So auch die ganz überwiegende Meinung, s. Crome § 232 Anm. 12, Schollmeyer S. 55, Zitelmann, Grundriß S. 135. Anders nur Cosack § 140, I, 2, der ohne Begründung bereits mit Annahme des Schenkversprechens den Beschenkten auf Erfüllung der Auflage haftbar werden läßt. Wieweit angesichts des Gesagten die Schenkung mit Auflage als Realvertrag zu bezeichnen sei, darüber vgl. Haymann S. 96ff. und dort zitierte, 105, 111.

b) **bei öffentlichem Interesse** können nach dem Tode des Schenkers „auch" die **zuständigen Behörden die Vollziehung verlangen,** daneben steht, wie das „auch" beweist, den Erben des Schenkers dasselbe Recht zu; es liegt also eine Art „unechter Solidarität" auf der Aktivseite vor. S. zur Konstruktion aber auch Kohler, ArchBurgR. 21 259ff., der hier einen Anspruch ohne zu Grunde liegendes Forderungsrecht annimmt, anders als bei Verträgen zu Gunsten dritter. Diese gewiß beachtenswerte Annahme scheint mir nicht geeignet, das Verhältnis genügend zu erklären. Weitere Untersuchungen darüber sind dringend geboten.

Wann ein „öffentliches Interesse" anzunehmen sei, ist Tatfrage: es braucht sich nicht um staatliche, es kann sich auch um kommunale Interessen handeln, ebenso provinzielle; auch das Interesse einer Kirchen-, Schulgemeinde, einer Berufsgenossenschaft muß genügen; überhaupt, nach Haymanns guter Formel (S. 163), „ein Interesse an den sachlich gerechtfertigten Aufgaben der Gemeinschaft". Welche Behörde „zuständig" ist, ergibt das Verwaltungsrecht des Reiches bezw. des betreffenden Landes;

im allgemeinen wird es wohl diejenige Behörde sein, die auch sonst zur Pflege und gerichtlichen Vertretung gerade des konkreten öffentlichen Interesses berufen ist. Eine Aufzählung der einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften und der danach zuständigen Behörden dürfte sich hier erübrigen, s. die Angaben bei Fischer-Henle Nr. 3, Neumann Abs. 2. Für Preußen insbesondere Verordnung vom 16. XI. 1899 Art. 7, für Bayern Zuständigkeitsverordnung vom 24. XII. 1899, § 24 und AG. Art. 107, für Sachsen Allgemeine Verordnung § 10.

Analoges wegen einer letztwilligen Auflage bestimmt § 2194 S. 2.

c) bei Unterbleiben der Auflage gewährt § 527 dem Zuwendenden auch ein **Rückforderungsrecht**, s. Bem. dazu.

3. **Die Abgrenzung der Auflage** von äußerlich ähnlichen, innerlich verschiedenen Rechtsgebilden wird im Einzelfalle öfters schwierig sein:

a) **Auflage und zweiseitiger Vertrag.** Der Unterschied liegt darin, ob nach den Absichten der Parteien die vom Empfänger zu vollziehende Leistung ein Äquivalent des Empfangenen darstellen soll oder nicht; ersterenfalls gegenseitiger Vertrag, letzterenfalls Vergabung unter Auflage. Ob die Wertgleichheit der Leistungen objektiv vorhanden ist, macht natürlich keinen Unterschied, das zeigt sich bei der römischen laesio enormis, beim wucherischen Geschäft; nur auf die subjektive Bestimmung kommt es an, s. auch Lammfromm aaO., namentlich S. 171. Die Auflage stellt im Parteisinn keine „Gegenleistung" vor, schon darum ist auch keine Einrede des nicht erfüllten Vertrages am Platze. Gegen diesen üblichen Abgrenzungsversuch neuestens Haymann S. 21, 57, dessen Formel aber im Grunde auf dasselbe herauskommt. Denn wenn, wie er es für den gegenseitigen Vertrag entscheidend erachtet, beide Leistungen „in gleichem Sinne" Bedeutung haben, so heißt es doch nichts anderes, als daß sie im Sinne des Vertrages Äquivalente für einander bilden sollen.

b) Über das Verhältnis zwischen Auflageschenkung einerseits und den Fällen der gemischten Schenkung, des fiduziarischen Auftrages und den Realverträgen auf Rückgabe andererseits s. die fördernden Untersuchungen von Haymann aaO., besonders S. 61—3.

c) **Auflage und bloß unverbindliche Empfehlung oder Motiv**: Auch diese Abgrenzung läßt sich nur mit Rücksicht auf die Eigenart des Einzelfalles vollziehen. Darauf, ob die Interessen des Schenkers, des Beschenkten oder eines dritten gefördert werden sollen, wird zwar vieles, aber nicht alles ankommen (s. Mot. S. 300); entscheidend ist vielmehr einmal das Vorhandensein oder Fehlen eines ernsten Verpflichtungswillens, zum andern der Inhalt der Auflage, ob sie überhaupt fähig ist, unter Rechtszwang gestellt zu werden.

Soll freilich die Auflage dem Beschenkten ausschließlich in eigenem Interesse eine bestimmte Verwendung vorschreiben (sogen. modus simplex), so wird von vornherein die Wirkung des § 525 nicht eintreten können. Eine andere Frage ist die, ob nicht auch in solchen Fällen der Geber wegen „Nichteintritts des bezweckten Erfolges" einen Bereicherungsanspruch erlangen könne, s. darüber Haymann S. 38, 151. Der § 527 kommt für einen solchen Anspruch nicht in Betracht, wohl aber möglicherweise die §§ 812 ff. Doch steht in den entsprechenden Fällen meist nur ein Nebenzweck des Gebers in Frage, so daß die Kondiktion insoweit in der Regel ausgeschlossen sein wird.

d) **Auflage und Vertrag zu Gunsten dritter.** Letzterer liegt vor, wenn der durch die Leistung des Empfängers etwa zu begünstigende dritte nicht nur Destinatär sein, sondern auch einen selbständigen Anspruch bekommen soll, s. darüber §§ 328 ff. und Bem. dazu. Jedoch schließen sich beide nicht schlechthin aus — die Schenkung unter einer Auflage kann, nach ihrer Wirkung für den dritten beurteilt, auch ein Vertrag zu Gunsten dritter sein (anders freilich bei der letztwilligen Auflage, § 1940). Das bestätigt auch § 527 Abs. 2, der nur eine Wirkung derselben, die Kondiktion des Schenkers, alsdann ablehnt. Dagegen steht der Klage des Schenkers auf Vollziehung trotz des Rechtes des dritten nichts im Wege; es müßte denn die Absicht der Kontrahenten sie ausgeschlossen haben.

Natürlich kann aber der dritte nicht mehr Rechte geltend machen, als der Schenker selbst, und keinenfalls früher als dieser, s. Mot. S. 301.

4. **Wertverhältnis von Zuwendung und Auflage**: Normalerweise wird der Wert der Auflage hinter dem der primären Zuwendung zurückbleiben, doch steht begrifflich nichts im Wege, daß er gleich groß, ja größer sei. Das ergibt sich aus dem allgemeinen Wortlaut des § 525 und a contrario aus § 526, der hier nur für gewisse Fälle eine

Modifikation eintreten läßt. Anders Endemann § 164 No. 29, der grundsätzlich die Auflage nur bis zur Höhe des Schenkungswertes verbindlich sein läßt. Wie hier Goldmann-Lilienthal S 540, Schollmeyer S 55, Haymann S. 91, 117, (wozu aber dessen Formel, die Auflage enthalte eine Einschränkung der Schenkung, schwerlich paßt). Irrt der Beschenkte sich also über den Wert des ihm Zugewandten oder die Kosten der Auflage, so ist das grundsätzlich — wenn nicht der Fall des § 526 vorliegt — sein Schaden; auch eine Anfechtung des Geschäftes wird ihm deswegen in der Regel nicht zuzubilligen sein, Schollmeyer aaO.

Dieses Ergebnis kann aber vielfach bedenklich und verletzend wirken, und daher will Lammfromm S. 153 4 dem Empfänger der Zuwendung mit einer Einrede bezw. Kondiktion nach Analogie der in § 526 gegebenen dann helfen, wenn wider die berechtigte Vorstellung der Kontrahenten die Kosten der Erfüllung über den Wert der Gabe hinausgehen. Ich glaube dem mit Rücksicht auf das Prinzip von Treu und Glauben (§ 242) und darauf, daß die Auflage sinngemäß doch immer etwas Nebensächliches, hinter dem Zuwendungszweck Zurückbleibendes darstellt, beipflichten zu sollen. A. A. Cosack § 140, I, 4.

5. **Nichtigkeit der Auflage**: Ist die Auflage von Anfang an oder wird sie später unmöglich, verstößt sie gegen die guten Sitten oder das Gesetz, so ist sie nichtig (§§ 134, 138, 309). Wird aber damit die gesamte Zuwendung hinfällig? Nach GR. ward die Frage verneint, s. die Angaben bei Dernburg, Pand. I § 115 No. 14; für letztwillige Zuwendungen bestimmt § 2195 BGB. dasselbe, soweit nicht ein entgegenstehender Wille des Verfügenden anzunehmen ist. Im übrigen wird nach § 139 „im Zweifel" zwar die — anfängliche — Nichtigkeit der Auflage diejenige der ganzen Zuwendung mit sich bringen, aber da es sich bei jener doch nur um einen bloßen Nebenzweck handelt, dürfte die Auslegung der Parteiabsicht sehr oft, vielleicht meistens, zur gegenteiligen Behandlung führen. Übereinstimmend Crome, Part. Rechtsg. S. 535, während nach Lammfromm stets die ganze Schenkung zusammenfällt, auf Grund von § 306 BGB. Das ist sicherlich unhaltbar.

Bei Unsittlichkeit der Auflage ist freilich daneben noch zuzusehen, ob mit jener nicht dem ganzen Geschäft der Stempel des Unsittlichen aufgedrückt wird, indem etwa die Zuwendung einen Impuls zur Vollziehung der unsittlichen Auflage abzugeben bezweckt, z. B. jemand verspricht einem andern schenkungshalber Geld, damit er dasselbe zum Ankauf eines Bordells verwende. Hier ist der ganze Akt durchaus unsittlich und somit ungültig.

Nachträgliche Unmöglichkeit der Auflage macht im allgemeinen die Zuwendung nicht unwirksam; der Empfänger wird einfach von der Last frei. Das ergibt sich daraus, daß er selbst bei willkürlicher Nichterfüllung der Rückforderung gemäß § 527 nicht auf das Ganze unterliegt, s. Bem. dazu, Crome, Part. Rechtsg. S. 535. Ist die nachfolgende Unmöglichkeit vom Empfänger verschuldet, so haftet er nach § 527 cit.

§ 526.

Soweit infolge eines Mangels im Rechte oder eines Mangels der verschenkten Sache der Wert der Zuwendung die Höhe der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen nicht erreicht, ist der Beschenkte berechtigt, die Vollziehung der Auflage zu verweigern, bis der durch den Mangel entstandene Fehlbetrag ausgeglichen wird. Vollzieht der Beschenkte die Auflage ohne Kenntnis des Mangels, so kann er von dem Schenker Ersatz der durch die Vollziehung verursachten Aufwendungen insoweit verlangen, als sie infolge des Mangels den Wert der Zuwendung übersteigen.

E. I 448 Abs. 2, E. II 473, RV. 521. — Mot. S. 301, Prot. II S. 31.

1. **Prinzip**: Es wäre höchst unbillig, wenn der unter einer Auflage Beschenkte infolge eines Mangels des Gegenstandes, für den ja der Schenker im allgemeinen nicht haftet, im Gesamtergebnis mehr leisten müßte, als er bekommt. Dem steuert § 526.

2. **Voraussetzungen:** Der Wert der Zuwendung muß nicht nur überhaupt hinter den Kosten der Erfüllung der Auflage zurückbleiben, sondern es muß dies gerade in einem rechtlichen oder faktischen Mangel (im Sinne von §§ 523—4) der Schenksache seinen Grund haben.

3. **Wirkungen.** Der Beschenkte kann

a) **die Vollziehung der Auflage verweigern,** und zwar mit einer Einrede, die aber nur aufschiebend ist (so auch Zitelmann, Grundriß S. 135), da sie nicht endgültig wirkt, sondern nur bis zu der dem Schenker zustehenden Ausgleichung des „Fehlbetrages". Und zwar hat er die Einrede sowohl gegenüber dem die Erfüllung der Auflage verlangenden dritten wie gegenüber dem Schenker. Über den Rechtsgrund der Einrede s. Haymann S. 121.

Unter dem „Fehlbetrag" ist nicht der Gesamtbetrag des durch den Mangel verursachten Minderwertes zu verstehen, sondern nur derjenige Teil davon, um den der Wert der Gabe hinter den Kosten der Auflage zurückbleibt. Wäre der Wert der ersteren ohne den Mangel = 1000, mit dem Mangel = 500, während die Kosten 800 betragen, so besteht der Fehlbetrag nicht aus 500, sondern nur aus 300.

b) Außerdem steht dem Beschenkten gegen den **Schenker** ein **Ersatzanspruch** zu wegen der gemachten Aufwendungen in Höhe des entsprechenden Betrages wie zu a, also nicht notwendig auf die ganze Wertdifferenz zwischen Gabe und Aufwendung, sondern nur auf die gerade durch den Mangel entstandene. Die Klage ist ferner nur dann für den Beschenkten am Platze, wenn er in Unkenntnis des Mangels geleistet hat. Anderenfalls muß er als verzichtend angesehen werden. Und zwar verliert er sein Recht schon bei Kenntnis des Mangels selbst; nicht ist erfordert, daß ihm das daraus entstehende Mißverhältnis zwischen Geschenk und Auflage bekannt war. Fahrlässige Unkenntnis genügt dazu jedoch nach den Grundsätzen des BGB. nicht (s. Bem. zu § 166).

Für diese Klagen gelten übrigens die Bestimmungen der §§ 256—7, s. diese.

Zweifelhaft kann der Rechtsgrund des Anspruches sein. In Aufl. 1 versuchte ich ihn zu erklären als eine besondere Abart der condictio indebiti, bei der es entgegen § 813 genüge, daß die Schuld des Leistenden durch eine bloß dilatorische Einrede gehemmt war. Doch nehme ich das jetzt als unzulänglich zurück. Denn es fehlt, wenigstens in der Regel, an einer Bereicherung des beklagten Schenkers. Andererseits ist es auch kein Schadensersatzanspruch; er beruht weder auf Verschulden des Verpflichteten, noch geht er auf vollen Ersatz. Es handelt sich vielmehr um einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen. Der Schenker wollte die Erfüllung der Auflage, folglich müßten ihn auch deren Kosten treffen. Dazu diente das Schenkobjekt. Reichte dasselbe dazu nicht aus, so kann er die Kosten wenigstens dann nicht auf den Beschenkten abwälzen, wenn der Grund in einem Mangel des seiner Eigenart dazu im übrigen ausreichenden Objektes lag. Der Anspruch ist also am ehesten als eine Erweiterung des Geschäftsführungs- oder des Auftragsanspruches anzusehen.

Ein Bereicherungsanspruch gegen den **dritten Empfänger** der Auflage wird — im Gegensatz zu der Einrede zu Nr. 3a — dem Beschenkten überhaupt nicht gewährt, Zitelmann S. 135.

4. **Beweis:** Den Beweis des Mangels und seiner Wirkungen hat der Beschenkte zu führen; der Schenker kann sich dagegen schützen durch den Nachweis der vollzogenen und korrekt angebotenen Ergänzung. Daß er auch nach Analogie des § 814 den Beweis der den Anspruch zu 3b ausschließenden Kenntnis des Beschenkten zu führen habe (so Aufl. 1, Kober-Staudinger Nr. 4), möchte ich angesichts des Wortlautes des Satzes 2, der die Unkenntnis des Mangels deutlich als Voraussetzung für den Ersatzanspruch aufstellt, nicht mehr annehmen. So auch Haymann S. 123 Anm. 2 und dort zitierte, Goldmann-Lilienthal S. 540 Anm. 7.

§ 527.

Unterbleibt die Vollziehung der Auflage, so kann der Schenker die Herausgabe des Geschenkes unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung

insoweit fordern, als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn ein dritter berechtigt ist, die Vollziehung der Auflage zu verlangen.

E. II 474, RB. 522. — Mot. S. 301—2, Prot. II S. 32—3.

S. dazu Schollmeyer S. 54 ff., Schmitz, Dissert., Erlangen 1902.

1. **Allgemeines, Voraussetzungen**: Entgegen dem ersten Entwurf (s. Mot. S. 301—2), hat der zweite und ihm folgend das BGB. die dem bisherigen Recht entsprechende Kondiktion des Geschenkes durch den Schenker im Falle der Nichterfüllung der Auflage anerkannt. Dies freilich nicht allgemein, sondern nur unter gewissen Voraussetzungen:

a) sie ist nicht gegeben, **wenn ein dritter die Erfüllung der Auflage verlangen kann**, sei es allein, sei es neben dem Schenker, Abs. 2. Alsdann hat niemand, auch nicht der dritte, den Bereicherungsanspruch.

b) sie ist nur statthaft **unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nach §§ 325 ff. gegebenen Voraussetzungen**. Also nicht, wenn die Erfüllung der Auflage durch einen von keiner Partei oder gar vom Schenker zu vertretenden Umstand unmöglich wird — denn das gibt dem Schenker (Gläubiger) kein Rücktrittsrecht, §§ 323—4 enthalten ein solches nicht —, wohl aber bei völliger und im Falle von § 325 Abs. 1 Satz 2 auch bei teilweiser Unmöglichkeit durch einen vom Empfänger zu vertretenden Umstand. Ferner auch ohne wahre Unmöglichkeit, wenn der im Verzug befindliche (§ 326) oder rechtskräftig zur Erfüllung der Auflassung verurteilte (§ 325 Abs. 2) Beschenkte die ihm vom Schenker gestellte angemessene Nachleistungsfrist ungenutzt hat verstreichen lassen, oder wenn, auch ohne Fristablauf, die Erfüllung infolge des Verzuges für den Schenker kein Interesse mehr hat.

War die Unmöglichkeit der Auflage dagegen vom Beschenkten nicht zu vertreten, so fällt das nach dem Gesagten nicht unter den Rückforderungsanspruch aus Satz 1. Vielmehr wird jener gemäß § 275 von seiner Erfüllungspflicht frei, und da kein gegenseitiger Vertrag vorliegt, bewirkt das nicht gemäß § 323 eine Befreiung des Schenkers. Dieser kann vielmehr, wenn nötig, noch auf Erfüllung in Anspruch genommen werden. So auch Titze, Unmöglichkeit S. 322.

2. **Umfang des Anspruches**: Für ihn gelten die Regeln der §§ 812 ff. über Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung, s. Bem. dazu.

Aber auch innerhalb dieser Begrenzung kann der Schenker nicht das ganze Geschenk zurückfordern, sondern nur, „insoweit dasselbe zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen".

Der Sinn ist nicht unzweifelhaft: kommt es darauf an, daß die geschenkten Gegenstände selbst, oder daß ihr Wert so verwendet werden sollte? Ich gebe der zweiten Annahme den Vorzug; die erste wäre sinnwidrig und formalistisch. Sie hat selbst sprachliche Bedenken gegen sich: denn es hätte im Sinne dieser Auslegung eher heißen müssen: „als der geschenkte Gegenstand" Auch in Zeile 2 kann unter dem herauszuverlangenden „Geschenk" nicht allein dieser, sondern es muß den Regeln der Kondiktionen entsprechend (§ 818) auch dessen Wert darunter verstanden werden. Daß das Wort „Geschenk" aber in demselben Satze desselben Paragraphen in verschiedenem Sinne gebraucht sein soll, kann nicht wohl angenommen werden.

Zustimmend Crome § 232 Anm. 43; Hanmann S. 145 Anm. 1; Schmitz S. 57; im wesentlichen auch Kober-Staudinger II, 5, die freilich — wohl mit Recht — auf die Möglichkeit einer gegenteiligen Willensmeinung der Beteiligten — Verwendung gerade des Schenkobjektes zur Auflage — hinweisen.

3. **Bedarf es zur Vollziehung der Auflage einer Vermögensaufwendung nicht**, so kann § 527 nach dem zu 2 Gesagten nicht Platz greifen; es ist aber alsdann möglicherweise eine eigentliche Kondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 2 begründet, sobald nämlich anzunehmen ist, daß die Vollziehung der Auflage den mit dem Schenkungsakt bezweckten Erfolg darstellt und dieser Erfolg ausbleibt. Der Unterschied ist erheblich: denn bei Anwendung des § 527 greift der Rückforderungsanspruch ohne weiteres Platz, während zur Anwendung der §§ 812 ff. der meist schwierige Beweis gehört, daß die Leistung gerade zum Zweck des mit der Auflage zu erzielenden Erfolges gemacht sei. So auch Planck Nr. 4; Kober-Staudinger Nr. II, b; s. auch Endemann § 164 Anm. 33. Anders freilich Dernburg § 210 Anm. 4; Schollmeyer S. 57; Titze,

Unmöglichkeit S. 323 und besonders Haymann S. 151, der bei einer ausschließlich im Interesse des Empfängers beigefügten Auflage stets nur § 527, nur bei einer ausschließlich dessen Interesse dienenden allein § 812 für anwendbar, eine Anwendung beider Paragraphen für einen Fall neben- oder nacheinander dagegen für ausgeschlossen erachtet. Das ist nicht erwiesen und unter Umständen praktisch bedenklich, wie auch Titze vom rechtspolitischen Standpunkt aus treffend hervorhebt.

4. **Erfüllungs- und Ersatzanspruch:** Daß der Schenker bei Ausbleiben der Auflagenerfüllung statt des Rückforderungsrechts auch auf sie klagen könne, erscheint zweifellos, da ihm § 527 nur eine weitere Gerechtsame zu den ohnedies vorhandenen geben will. Aber natürlich kann er nicht Erfüllung und daneben Rückleistung begehren.

Ist die Erfüllung durch vertretbares Verhalten des Beschenkten unmöglich geworden, so kann der Schenker Schadensersatz verlangen, der zum Rückforderungsanspruch aus § 527 in demselben Verhältnis steht, wie der Anspruch auf die — möglich gebliebene — Erfüllung. Eine Kumulation ist auch hier als unzulässig zu erachten, denn die Kondiktion erfüllt nach Sinn und Wortlaut des § 527 die Funktionen des Rücktrittsrechtes; Rücktritt und Anspruch auf das Erfüllungsinteresse aber schließen sich begrifflich aus. Anders Haymann S. 510, weil das Recht aus § 527 kein Rücktritt sei — richtig, aber angesichts der durchaus gleichartigen Zweckbestimmung nicht entscheidend.

5. **Unmöglichkeit der Schenkungserfüllung** umgekehrt macht auch die Auflage unwirksam, als bloße Nebenbestimmung des Schenkversprechens. Ist jene teilweise unmöglich geworden, so bleibt die Auflage insoweit in Kraft, als zu mutmaßen ist, daß der Beschenkte sich zu ihrer Erfüllung auch ohne den nichtigen Teil des Schenkungsvertrages verpflichtet haben würde, Titze S. 322.

§ 528.

Soweit der Schenker nach der Vollziehung der Schenkung außer Stande ist, seinen standesmäßigen Unterhalt zu bestreiten und die ihm seinen Verwandten, seinem Ehegatten oder seinem früheren Ehegatten gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht zu erfüllen, kann er von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrags abwenden. Auf die Verpflichtung des Beschenkten finden die Vorschriften des § 760 sowie die für die Unterhaltspflicht der Verwandten geltende Vorschrift des § 1613 und im Falle des Todes des Schenkers auch die Vorschriften des § 1615 entsprechende Anwendung.

Unter mehreren Beschenkten haftet der früher Beschenkte nur insoweit, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist.

Neuerung der Reichstagskommission, Bericht S. 41.

1. **Prinzip:** Der § 528 beruht erst auf einem Beschlusse der Reichstagskommission (s. Bericht S. 41), die bei seiner Einfügung dem Vorbilde des Landrechts (I, 11, § 1123) gefolgt, über dieses aber noch hinausgegangen ist: der § 528 gibt nicht nur, wie § 1123 cit., einen Unterhaltsanspruch, sondern eine Kondiktion.

2. **Voraussetzungen:** Das Recht aus § 528 ist am Platze erst nach der realen Vollziehung der Schenkung; vorher, gegenüber einem bloßen Schenkungsversprechen, schützt den Schenker die Einrede aus § 519, s. Bem. dazu.

Es greift Platz, wenn der Betreffende außer Stande ist:

a) seinen eigenen, standesmäßigen Unterhalt zu bestreiten **und**

b) die in Satz 1 aufgeführten gesetzlichen Unterhaltspflichten zu erfüllen. Die vertragsmäßig oder letztwillig überkommenen sind hier ebensowenig zu

berücksichtigen, wie im Falle des § 519; aber, anders als dort, kommen hier auch nicht alle gesetzlichen in Betracht, sondern nur die gegen Verwandte und Gatten; also nicht die Unterhaltspflicht des Vaters (wohl der Mutter) gegenüber dem unehelichen Kinde, da dieses nach § 1589 Abs. 2 mit dem Erzeuger im Rechtssinne nicht verwandt ist.

Zweifelhaft möchte scheinen, in welchem Sinne das „und" zwischen den beiden Arten des zu berücksichtigenden Unterhalts gemeint sei. Muß der Schenker kumulativ beides, oder nur alternativ eines oder das andere nicht mehr zu erfüllen in der Lage sein? Trotz des auf den ersten Blick bedenklichen Wortlautes muß und wird man der zweiten Auslegung den Vorzug geben. Denn er kann nicht mehr seinen Unterhalt bestreiten und die gedachten Unterhaltspflichten erfüllen, wenn seine Mittel nur noch zu einem von beiden ausreichen; die Bedingung des Paragraphen ist also erfüllt. So auch Kuhlenbeck, Komm. Nr. 1, JW. 1902 S. 243, Kober-Staudinger Nr. 4.

Nicht wird erfordert, daß die verlangte Unfähigkeit gerade durch die Schenkung eingetreten sei, mag es auch häufig der Fall sein und der Anwendung des § 528 natürlich nicht entgegenstehen (Zitelmann, Grundriß S. 136). Ebensowenig kommt es darauf an, ob die Unterhaltspflichten im Sinne von Satz 1 schon vor Vollziehung der Schenkung oder erst später entstanden sind. Es genügt, wenn die Bedürftigkeit nach Vollziehung der Schenkung vorhanden ist, nicht wird erfordert, daß sie jetzt erst entsteht. A. A. Planck Nr. 2, wie hier Kober-Staudinger Nr. 2—3.

3. **Inhalt und Umfang des Anspruches:** a) Der Schenker kann unter den angegebenen Voraussetzungen das Geschenk — also den geschenkten Gegenstand, event. dessen Wert — nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangen, §§ 812 ff. Auf diesen Anspruch bezieht sich der Satz 3, der die Vorschriften der Leibrente für anwendbar erklärt, nicht, sondern nur auf die nach Satz 2 vom Beklagten an seiner Stelle übernommene Rente (s. unten); die gegenteilige Annahme von Planck Nr. 3 führt ihren Urheber zu ganz seltsamen Ergebnissen: was sollte das Abwendungsrecht aus Satz 2, wenn schon die ursprüngliche Pflicht auf die Rente ging? Und wie können auf die Rentenzahlung die Sätze der ungerechtfertigten Bereicherung Anwendung finden? Wie hier Dernburg, § 208 Anm. 9, Crome § 233 Anm. 19, s. auch Siber, Rechtszwang S. 186.

b) Abwendbarkeit der Herausgabe durch Rentenzahlung: Nach Abs. 1 Satz 3 hat der Verpflichtete eine facultas alternativa: er kann die Herausgabepflicht beseitigen „durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrages". Die Bezeichnung des Gesetzes ist ungenau: es handelt sich nicht um eine einmalige Zahlung, sondern um Übernahme einer entsprechenden Rente im Sinne von § 760; bar zu zahlen hat der Beschenkte zunächst offenbar nur die erste Rate für ein Vierteljahr, sowie die seit dem Prozeßbeginn etwa fällig gewordenen weiteren. Diese Auslegung ergibt sich aus der Natur der Sache und aus der Verweisung auf den § 760 über die Leibrente. Auf diese übernommene Rentenpflicht bezieht sich sinngemäß allein der folgende Satz 3, s. oben a.

Die Rente ist also nach den standesgemäßen Bedürfnissen des Schenkers und seiner Angehörigen zu berechnen. Berechtigt auf sie ist dem Schuldner gegenüber nur jener, die Auseinandersetzung mit den Angehörigen ist seine Sache. Die Rente ist immer auf ein Vierteljahr vorauszubezahlen; für die Vergangenheit kann sie nur nach Verzug des Schuldners nachgefordert werden. Der Anspruch erlischt mit dem Tode des Schenkers; nur wegen Nachforderungen für die Vergangenheit und schon fälliger Posten bleibt das Recht noch bestehen. Daß es auch mit dem Tode des Beschenkten erlösche, nimmt Planck Nr. 3 Abs. 2 mit Unrecht an; nur wegen des Todes des Schenkers wird auf § 1615 verwiesen, und innere Gründe sprechen nicht dafür, dem durch die facultas alternativa des Beschenkten ohnedies benachteiligten Schenker noch dazu die Gefahr von dessen Tode tragen zu lassen! Wie hier Crome § 233 Anm. 22, Türcke-Niedenführ Nr. 8, anders Kuhlenbeck Nr. 2 und JW. 02 243.

Daß das einmal erloschene Recht auf Rückforderung wegen Säumnis des Pflichtigen in Zahlung der Rente wieder auflebe, ist nicht anzunehmen. Andererseits wird der Pflichtige, wenn er von der facultas alternativa Gebrauch macht, nicht dadurch frei, daß der Gesamtbetrag der geleisteten Renten die Höhe des schenkweise

Empfangenen erreicht hat. A. A. auf Grund der bereits oben zurückgewiesenen Auffassung Planck Nr. 3, wie hier Kober-Staudinger Nr. 6e.

4. Eine Beschränkung des Anspruches ergibt sich aus § 529, s. Bem. dazu.

5. Der Anspruch aus § 528 ist pfändbar nur, soweit er anerkannt oder rechtshängig geworden ist, ZPO § 852 Abs. 2.

§ 529.

Der Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes ist ausgeschlossen, wenn der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat oder wenn zur Zeit des Eintritts seiner Bedürftigkeit seit der Leistung des geschenkten Gegenstandes zehn Jahre verstrichen sind.

Das Gleiche gilt, soweit der Beschenkte bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer Stande ist, das Geschenk herauszugeben, ohne daß sein standesmäßiger Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird.

Wie zu § 528.

1. Auch der § 529 ist, mit § 528, im Anschluß an das Landrecht (I, 11, § 1123) erst vom Reichstag eingefügt. Er enthält eine erhebliche Einschränkung des Rückforderungsrechtes, indem er dasselbe zunächst im Abs. 1 **in zwei Fällen ausschließt:**

a) wenn die Bedürftigkeit des Schenkers durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit von ihm selbst herbeigeführt ist, z. B. durch wilde Börsenspekulationen, Unterlassung einer Versicherung gegen Brandgefahr u. dergl.

b) wenn seit dem realen Vollzug der Schenkung bis zum Eintritt des Bedürfnisfalles zehn Jahre verstrichen sind.

Ist das Bedürfnis aber eher eingetreten, dann schadet es nichts, daß der — noch nicht verjährte — Rückforderungsanspruch erst nach Ablauf der 10 Jahre geltend gemacht wird.

Ob in den genannten Fällen das Rückforderungsrecht ipso iure ausgeschlossen sei, oder ob die zu a—b genannten Umstände dem Beschenkten nur eine Einrede gewähren, ist streitig. Für die erste Alternative meine Aufl. 1, ferner Crome § 233 bei Anm. 245, für die zweite Planck Nr. 2, Ortloff S. 301, Kober-Staudinger Nr. 2. Der Wortlaut spricht so deutlich für die hier vertretene Auslegung („ist ausgeschlossen") daß die zweite schwer verständlich erscheint.

2. Dazu tritt nach Abs. 2 noch ein dritter Fall; wenn der Beschenkte durch die Rückgabe (oder die statt dessen zu wählende Rente) seinerseits in die hier bezeichnete Notlage geraten würde. Die Voraussetzungen dieses Falles entsprechen wörtlich denen des Notbedarfrechtes des Schenkers nach § 519; es können daher auch die dort gegebenen Bemerkungen hier wieder verwertet werden.

Die Gestaltung ist somit die, daß dem Rückforderungsrecht des verarmten Schenkers der Beschenkte seinerseits ein beneficium competentiae entgegensetzen kann. Das rechtfertigt sich aus dem Satze, daß in pari causa possidentis melior esse debet condicio — es wäre unbillig, den einen in die Notlage zu stürzen, nur um den andern ihr zu entreißen.

Zweifelhaft ist nur, ob auch hier, wie in den Fällen a—b, die Rückforderung von vornherein ausgeschlossen ist, oder ihr nur eine Einrede entgegengesetzt werden kann. Der Wortlaut scheint für die Gleichstellung zu sprechen („Das Gleiche gilt . . . ."); jedoch entscheiden die Analogie des hier wiederholten § 519 und der Sinn für die andere Annahme. Eine Geltendmachung der Kompetenz von Amts wegen wäre sinnwidrig und praktisch ohne die schlimmste Bevormundung der Beteiligten undurchführbar. Daß der Fall Eigentümlichkeiten habe, ist schließlich auch vom Gesetzgeber durch Verweisung in einen neuen Absatz gewissermaßen anerkannt.

Wie hier Crome aaO. Anm. 26, ebenso natürlich alle Anhänger der zu 1 erwähnten Gegenansicht.

Vorbemerkung zu §§ 530—4.

Die fünf letzten Paragraphen des Titels handeln von dem Widerruf, der, sei es vollzogenen, sei es erst versprochenen, Schenkung wegen groben Undanks des Beschenkten. Das Institut entspricht den allgemein herrschenden ethischen Prinzipien und ist daher auch nach dem Muster des Römischen Rechts — s. für dieses l. 10 C. 8, 25 (56) — überall aufgenommen, so im Landrecht I, 11, §§ 1151—68, Code Art. 953 ff., SächsGB. §§ 1059 ff.

Daß dem BGB. die anderen Widerrufsgründe des bisherigen Rechts (z. B. wegen nachgeborener Kinder) unbekannt seien, wurde schon früher festgestellt.

§ 530.

Eine Schenkung kann widerrufen werden, wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers groben Undankes schuldig macht.

Dem Erben des Schenkers steht das Recht des Widerrufs nur zu, wenn der Beschenkte vorsätzlich und widerrechtlich den Schenker getötet oder am Widerrufe gehindert hat.

E. I 449—50, E. II 475, RV. 523. — Mot. S. 302—3, Prot. II S. 35—8.

1. **Fälle des groben Undankes** (s. über den Begriff Weyl, Verschuldensbegriffe S. 244 und dort zitierte): Die causae ingratitudinis sind im RR. speziell angeführt, und zwar in ausschließender Weise, sodaß eine analoge Anwendung auf andere Fälle ausgeschlossen war, s. Windscheid § 367 No. 16; ähnlich das Landrecht, s. Dernburg, Privatrecht II § 164 Nr. 3. Das BGB. ist dem — anders noch Entw. I — nicht gefolgt; es kommt vielmehr in Betracht jede nach den besonderen Umständen so anzusehende **schwere Verfehlung** gegen den Schenker oder einen „nahen Angehörigen". Die Fälle des bisherigen Rechtes (schwere Beleidigungen, Tätlichkeiten, Lebens- und Gesundheitsgefährdung) mögen noch hier und da Anhaltspunkte geben, aber eine ausschließende Beschränkung auf sie findet nicht statt, wie auch umgekehrt eine Lebensgefährdung unter Umständen, wenn z. B. in Notwehr oder Notstand begangen, nicht als Verfehlung gelten wird. Eine solche möchte etwa noch anzunehmen sein bei gehässigen Nachreden, Veranstaltung unlauteren Wettbewerbes, Störung des ehelichen Friedens, gewissen Denunziationen u. dergl. mehr. **Rechtswidrigkeit der Verfehlung** erfordert das Gesetz **nicht**, und ich glaube dieses Moment nicht hineintragen zu dürfen, wenn es auch sicher in den allermeisten Fällen zutrifft. A. A. Planck Nr. 1a, wie hier Crome § 233 Anm. 32.

Aber immer muß die Verfehlung zugleich einen **Undank** darstellen; war dem Beschenkten das Vorhandensein einer Schenkung oder die Person des Schenkers nicht bekannt, so kann die Verfehlung, so schlimm sie sonst sein mag, nicht als spezifischer Undank gelten. Zweifelhaft ist, ob die Verfehlung vorsätzlich sein muß, um sich als solcher zu qualifizieren. Unterschiedslos wird das wohl nicht behauptet werden können; die Dankbarkeit kann sich auch gerade darin zeigen, daß man sich vor unabsichtlichen Verletzungen des Schenkers besonders in Acht zu nehmen hat, z. B. den Ermatteten nicht auf einer anstrengenden Hochtour seinem Schicksal überläßt. Ebenso Crome aaO., Weyl aaO. S. 409.

Wer „naher Angehöriger" des Schenkers sei, ist Tatfrage. Auf die Gradesnähe der Verwandtschaft oder die Nähe des gesetzlichen Erbrechtes wird es zwar auch, aber nicht allein ankommen; maßgebend ist vielmehr die faktische Nähe des Verhältnisses: die Verführung einer Stief- oder Pflegetochter möchte in der Regel eher genügen, als die einer leiblichen Schwester oder Nichte. S. auch StrGB. § 52 Abs. 2. Man muß ferner fragen, ob in dem Verhalten sich auch ein Undank gegen den Schenker selbst zeigt; kennt der Beschenkte also nicht die Nähe seiner Beziehung zur verletzten Person, so ist für die Rückforderung kein Platz.

2. Der Widerruf findet **Anwendung bei allen Schenkungen**, mögen sie real vollzogen sein oder in bloßem Versprechen bestehen. Auch remuneratorische sind an sich nicht ausgeschlossen, selbst nicht, gegenüber dem RR., solche an den Lebensretter. Eine Beschränkung erfährt das aber durch § 534, s. Bem. dazu.

3. **Vererblichkeit:** Die Vererblichkeit des Widerrufsrechtes ist sachgemäß sehr beschränkt. Auf Seite des Beschenkten ist es nach § 532 Satz 2 überhaupt unvererblich; auf Seite des Schenkers gilt nach § 530 Abs. 2 im Prinzip dasselbe; nur eine wohlbegründete Ausnahme wird davon gemacht in den dort angeführten Fällen, wo der Beschenkte gerade in und mit dem die Undankbarkeit bekundenden Akte den Widerruf des Schenkers selbst unmöglich gemacht hat. Das entspricht auch dem Landrecht, während das GR. hier unsicher war. Ein Handeln in Notwehr zählt als nach § 227 nicht widerrechtlich nicht hierhin, aber auch wohl nicht ein solches in unverschuldetem Notstand im Sinne des StrGB.

Das durch den vollzogenen Widerruf entstandene Forderungsrecht ist dagegen nach den gewöhnlichen Grundsätzen vererblich, § 531 Abs. 2.

4. Insbesondere über den Schenkungswiderruf zwischen geschiedenen Ehegatten s. § 1584.

§ 531.

Der Widerruf erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschenkten. Ist die Schenkung widerrufen, so kann die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden.

E. I 449, 452, E. II 477, RB. 525. — Mot. S. 303, 304—5, Prot. II S. 40—1.

1. **Widerruf:** Der Undank macht die Schenkung nicht nichtig, sondern er begründet nur das Widerrufsrecht, das sich als eine Art Anfechtbarkeit bezeichnen läßt. Geltend gemacht wird es durch die Widerrufserklärung „gegenüber dem Beschenkten"; sie ist also eine empfangsbedürftige Erklärung im Sinne von §§ 130 ff. Natürlich kann sie auch in Form der Klageerhebung erfolgen.

2. **Wirkung des Widerrufs:** Mit vollzogenem Widerruf ist die Schenkung erloschen; das hat zwar betreffs der einmal übertragenen Rechte keine dingliche Wirkung, die Übertragungen sind aber ihres Rechtsgrundes beraubt, also nunmehr ohne Rechtsgrund beim Beschenkten. Sie können also, wie Abs. 2 noch besonders bestimmt, nach den Regeln der §§ 812 ff. von ihm zurückgefordert werden („ob causam finitam"). Dabei haftet der Beschenkte, sobald er vom Widerruf erfahren hat, hinfort nach den strengeren Regeln des § 819.

War die Schenkung noch nicht vollzogen, so erlischt nunmehr die Verbindlichkeit ohne weiteres; gegenüber einem schenkungshalber erteilten abstrakten Versprechen dagegen bedarf es natürlich noch einer **Einrede**, da die Mängel des Rechtsgrundes auf jenes nicht von selbst einwirken.

3. Das einmal entstandene Rückforderungsrecht unterliegt betreffs der Verzichtbarkeit, Vererblichkeit und Verjährung den gewöhnlichen Regeln.

§ 532.

Der Widerruf ist ausgeschlossen, wenn der Schenker dem Beschenkten verziehen hat oder wenn seit dem Zeitpunkt, in welchem der Widerrufsberechtigte von dem Eintritte der Voraussetzungen seines Rechtes Kenntnis erlangt hat, ein Jahr verstrichen ist. Nach dem Tode des Beschenkten ist der Widerruf nicht mehr zulässig.

E. I 451, E. II 478, RB. 526. — Mot. S. 304, Prot. II S. 39—40.

§ 532 läßt das an sich begründete Widerrufsrecht aus drei Gründen nachträglich fortfallen:

1. Bei **Verzeihung**, dies in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht, s. Mot. S. 304, Landrecht I, 11, § 1162, SächsGB. § 1063. Worin die Verzeihung zu finden sei, ist Tatfrage — sie braucht kein Rechtsgeschäft darzustellen, etwa im Sinne von §§ 130 ff., ist vielmehr als solche nur ein faktischer Vorgang, der den Beweis dafür erbringt, daß die Beleidigung hier nicht tief genug mehr geht, um noch von Rechts wegen berücksichtigt werden zu können. Anders Dernburg § 209, III, 5, der

die Verzeihung als Willenserklärung bezeichnet, ähnlich wie hier Eltzbacher, Rechtswirksames Verhalten S. 197/8 (Gefühls-, nicht Willensäußerung; innere Vorgänge genügen dazu freilich nicht). Insbesondere braucht sie nicht gerade gegenüber dem Beschenkten erklärt zu werden, ja eine besondere Erklärung ist überhaupt nicht zu erfordern. So auch Planck Nr. 2. Analoge Wirkungen hat die Verzeihung in den Fällen der §§ 1570, 2337, 2343.

Zweifelhaft ist, ob die Verzeihung eine rechtsvernichtende Tatsache darstelle, oder dem Beschenkten nur eine Einrede im materiellen Sinne gewähre. Nach dem Wortlaut: „Der Widerruf ist ausgeschlossen," liegt die erstere Annahme näher. Anders hier Kober-Staudinger Nr. 2.

2. Bei **Fristablauf** von einem Jahre, seitdem der Schenker vom Widerrufsrecht Kenntnis erlangt hat. Die Frist ist Ausschluß-, keine bloße Verjährungsfrist; ihr Lauf regelt sich nach §§ 186 ff. Auch hier liegt der Grund in der, zwar nicht nachweisbaren, aber doch aus dem andauernden Schweigen zu vermutenden Verzeihung.

Das BGB. folgt mit dieser Befristung des Widerrufsrechtes dem Code (Art. 957), dem SächsGB. (§ 1063) und dem Entwurf (Art. 519), während dem Gemeinen und Preußischen Recht ein solcher Erlöschungsgrund fremd ist.

3. **Nach dem Tode des Beschenkten** ist der Widerruf ausgeschlossen; auch können die Erben, weil nicht selbst beschenkt, durch ihr Verhalten keinen neuen Widerrufsgrund abgeben. Das bisherige Recht beantwortete die Frage verschieden, s. die Angaben in den Motiven S. 304 No. 1.

4. Als vierter Grund ist noch hinzuzufügen der **Verzicht**, s. § 533 und Bem. dazu.

5. **Beweisen** muß den Eintritt der Erlöschungsgründe für das Widerrufsrecht natürlich der Beklagte; es handelt sich dabei um rechtsvernichtende Tatsachen. Will aber der Schenker gegen die Erben des Beschenkten mit der Begründung darauf klagen, daß er schon bei seinen Lebzeiten widerrufen habe, so trifft ihn dafür der Beweis.

§ 533.

Auf das Widerrufsrecht kann erst verzichtet werden, wenn der Undank dem Widerrufsberechtigten bekannt geworden ist.

E. I 451², E. II 479, RV. 527. — Mot. S. 304, Prot. II S. 39—40.

1. Der **Verzicht auf das Widerrufsrecht** ist verschieden von der bereits in § 532 behandelten Verzeihung; er ist im Gegensatz zu ihr kein faktischer Vorgang, sondern ein Rechtsgeschäft, genauer eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung im Sinne von §§ 130 ff. Als solche kann er, anders als die Verzeihung, auch von Vertretern und Erben des Schenkers vollzogen werden, Cosack § 139, IV, 4 a a. Man könnte sogar nach § 305 BGB. geneigt sein, einen Vertrag zwischen den Beteiligten zu erfordern, aber das würde nicht nur die Analogie aus § 144 (Beseitigung der Anfechtbarkeit, um die es sich doch im Grunde auch bei der Widerruflichkeit der Schenkung handelt, durch einseitige Bestätigung) gegen sich haben, sondern auch sehr schlecht zu der in § 532 anerkannten Wirkung sogar der bloßen Verzeihung stimmen. Übrigens wird im Verzicht häufig auch zugleich eine solche zu finden sein.

2. Der Verzicht ist im allgemeinen **unbeschränkt zulässig**; nur kann er nicht wirksam für die Zukunft, d. h. für einen künftigen Undank, vollzogen werden, aber auch für einen bereits vorliegenden dann nicht, solange der Schenker davon noch keine Kenntnis erlangt hat.

3. Verschieden ist der Verzicht auf das durch den Widerruf erworbene Rückforderungsrecht. Er ist ein Erlaß, von dem nichts Besonderes gilt, kann sich also gemäß dem Prinzip des § 397 nicht einseitig vollziehen, sondern nur durch Vertrag mit dem Schuldner.

§ 534.

Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, unterliegen nicht der Rückforderung und dem Widerrufe.

E. II 476, RB. 524. — Prot. S. 36–7.

Literatur: Hachenburg, Vorträge, Aufl. 2 S. 65ff.; Süßheim, JW. 01 743ff., Klingmüller, Natürliche Verbindlichkeiten, S. 231ff.

1. Das Gemeine Recht behandelte **die remuneratorischen Schenkungen wegen Rettung aus Lebensgefahr** insofern besonders, als es sie dem Widerrufe wegen Undanks entzog. Das hatte der erste und anfänglich auch der zweite Entwurf beseitigt; erst nachträglich ist der jetzige § 534 eingefügt, den hernach die Reichstagskommission noch wesentlich erweitert hat.

Die Begünstigung betrifft aber nicht mehr die remuneratorischen Schenkungen als solche, sondern alle Schenkungen, durch die der Schenker **einer sittlichen oder Anstandspflicht** genügt. Der Begriff kreuzt sich mit dem bisherigen der remuneratorischen Schenkung. Er ist einerseits viel weiter, andererseits wird man aber nicht sagen können, daß z. B. der vielleicht wenig bemittelte Patient, der seinem Arzte aus Dankbarkeit über das Honorar hinaus eine wertvolle Dedikation macht, damit einer „sittlichen Pflicht" genüge.

Über den Begriff der „sittlichen" und „Anstandspflichten" und ihr Verhältnis s. Opet, Verwandtschaftsrecht S. 236. Die erste Klasse ist elementarer; es muß die Ansicht „sämtlicher urteilsfähiger Volksgenossen" das Verhalten fordern, während die Anstandspflicht nur auf der Anschauung des für den Verpflichteten maßgebenden Gesellschaftskreises beruht.

Eine Aufzählung der zu den „sittlichen Pflichten" zu rechnenden Fälle gibt Jacobi in der Berliner Festschrift für Dernburg S. 166. Jacobi tadelt übrigens den Ausdruck und will dafür von einer durch die Sitte gebotenen Pflicht geredet wissen. Richtig ist jedenfalls, daß bei den Pflichten des § 534 nicht an die subjektive Sittlichkeit des Einzelnen gedacht werden kann, sondern nur an das, was objektiv durch unsere Anschauungen von Sittlichkeit gefordert wird. Übrigens aber wird man sich Jacobis Tadel kaum zu eigen machen können.

Eine Aufzählung aller möglichen Fälle, die unter § 534 zu rechnen sind, hätte wenig Sinn — entscheidend ist schließlich doch nur die Eigenart des Einzelfalles. Mit dieser Maßgabe seien etwa angeführt Weihnachtsgeschenke an Dienstboten, Neujahrsgaben, gewisse Trinkgelder, unter Umständen die Fälle der Kollekten und öffentlichen Sammlungen für fromme Stiftungen, Krankenhäuser, patriotische Zwecke, Verschönerungs- und Tierschutzvereine.

Dabei kann der Fall so liegen, daß die Gabe teilweise einer sittlichen oder Anstandspflicht entspricht, aber nicht in Höhe des gesamten geschenkten Betrages — dann treten für den Überschuß die gewöhnlichen Schenkungsregeln in Geltung, Süßheim aaO. S. 744.

2. Die Begünstigung nach § 534 besteht darin, daß derlei Schenkungen nicht unterworfen sind:

a) **der Rückforderung aus § 528**; die aus § 527 ist der Lage der Sache nach unanwendbar.

b) dem **Widerrufe** nach §§ 530ff.

Das erstere hat erst der Reichstag neu eingeführt.

Übrigens sind solche Schenkungen — die man vielleicht besser überhaupt nicht unter den Schenkbegriff gebracht hätte — auch noch in zahlreichen anderen Beziehungen privilegiert, z. B. in den §§ 1446, 1641, 1804, 2113 Abs. 2, 2205, 2330.

Dem Formzwang dagegen sind auch sie unterworfen, so auch M. Rümelin, ArchZivPrax. **97** 303. Doch dürfte zu beachten sein, daß vielfach „Geschenke" und „Gratifikationen" an Dienstboten, Geschäftspersonal usw. in Wahrheit Bestandteile des den Empfängern gebührenden Lohnanspruches sind. Werden Weihnachts- oder Neujahrsgelder ausdrücklich oder stillschweigend bei Abschluß des Dienstvertrages ausbedungen, so sind das in der Regel keine formbedürftigen Schenkversprechen, sondern in Wahrheit Lohnzuschläge. So mit Recht OLG. Hamburg, HansGZ. **03** 285, Unger, Entsch. des GG. Berlin S. 32, Staub zu HGB. § 59 Anm. 24. Auch im übrigen muß man möglicherweise mit Rümelin aaO (s. auch Endemann § 99 Anm. 18) zwei Arten derartiger Pflichten sondern: je nachdem die Erfüllung Schenkung ist oder nicht. Weitere Forschung ist noch dringend erforderlich.

3. Über das Verhältnis des § 534 zu § 814 s. Siber, Rechtszwang S. 52ff.: Jener redet nur von dem Fall, wo einverständlich zum Zweck unentgeltlicher Zuwendung geleistet wird. In § 814 dagegen war die Leistung zur Schuldtilgung

erfolgt, und es fragt sich, ob der Leistende zurückfordern kann, weil die als rechtlich wirksam vorgestellte Pflicht in Wahrheit nur durch Sittlichkeits- oder Anstandsrücksichten geboten war.

Dritter Titel.

Miete. Pacht.

Vorbemerkung.

Literatur: Arnold Fränkel, das Miet- und Pachtrecht nach dem BGB. zum praktischen Gebrauch bearbeitet, Berlin 1897; Dr. Ludwig Fuld, Das Mietrecht nach dem BGB., Leipzig 1898; J. Vogel, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem BGB., 1897; M. Mittelstein, Die Miete, 1900 (die weitaus bedeutendste Sonderdarstellung); Arnold, Die Wohnungsmiete, 1899; H. Brückner, Die Miete usw., Aufl. 2, 1903; O. Niendorff, Das Mietrecht, Aufl. 6, bearbeitet von Mugdan, 1901; Beer, Recht der Wohnungsmiete, 1903 (gemeinverständliche Vorträge).

1. Unter dem Begriff der **locatio conductio** faßte das Römische Recht bekanntlich die Sachmiete, Dienstmiete und Werkverdingung zusammen, während das moderne Recht und namentlich auch das BGB. diese drei Verträge von vornherein getrennt behandelt. Auch die erstere, die locatio conductio rei, Sachmiete im weiteren Sinn, wird im Gegensatz zur römischen Auffassung heutzutage in zwei Unterarten geschieden: in die eigentliche Miete und die Pacht. So die neueren Gesetzgebungen, insbesondere das Landrecht (I. I, 21, § 258 gegenüber 259), wenn es auch beide im wesentlichen gemeinsam behandelte. Das BGB. unterscheidet Miete und Pacht gleichfalls, schon in der Überschrift des Titels; es regelt die erstere in den §§ 535—80, die letztere in §§ 581—97, erkennt aber immerhin in beiden zwei bloße Unterarten eines gemeinsamen weiteren Begriffes: darum stehen sie in demselben Titel, und es sollen nach § 581 Abs. 2 die Vorschriften über die Miete auf die Pacht im allgemeinen entsprechende Anwendung finden.

2. **Unterscheidungsmomente**: Der Unterschied von eigentlicher Miete und Pacht wird allgemein darin gesetzt, daß die erstere nur den Gebrauch, die letztere daneben auch die Nutzung des betreffenden Gegenstandes gewährt. Das stellt auch der § 535 einer-, der § 581 andererseits fest. Ein zweiter, minder typischer Unterschied ist im BGB. dazu noch der, daß Objekte der Miete nur (körperliche) Sachen, der Pacht dagegen auch andere „Gegenstände", insbesondere also auch Rechte, bilden können, s. § 535 in Verbindung mit § 90 einer-, § 581 andererseits.

Aus der Verschiedenheit der Vertragszwecke ergeben sich die aus den einzelnen Paragraphen hervorgehenden Besonderheiten.

Wann Miete, wann Pacht vorliegt, ist mitunter zweifelhaft, s. unten Vorbem. vor § 581 Nr. 5, Mittelstein S. 13ff., 19ff. Dient der Vertrag bezw. der Vertragsgegenstand teils zu Miet-, teils zu Pachtzwecken, so kommt es auf das im besonderen Fall überwiegende Moment an: dieses gibt dann dem Vertrag seine entscheidende Grundfärbung. Verfehlt erscheint es, einen derartigen Vertrag in zwei getrennte, verschieden zu behandelnde Schuldverhältnisse zu zerlegen — man träte damit der Einheit des Zweckmomentes zu nahe. Das muß selbst dann gelten, wenn die miet- und die pachtartigen Bestandteile gleich wesentlich erscheinen: es liegt dann ein einheitlicher Mietvertrag vor, auf den die dem Zweck und den zu unterstellenden Parteiabsichten jeweils entsprechenderen Sätze, sei es des Miet-, sei es des Pachtrechts anzuwenden sein dürften. So möglicherweise, wenn ein Haus mit Nutzgarten, ein Landgut „gemietet" oder „gepachtet" ist. Die Behandlung derartiger Mischverträge bedarf, wie überhaupt, so auch hier noch weiterer Untersuchung.

3. **Rechtliche Natur**: Miete und Pacht stellen nach dem BGB. bloße obligatorische Verhältnisse vor; die Bedeutung von dinglichen Rechten kommt ihnen unter keinen Umständen zu. Dies richtiger Ansicht nach auch trotz § 571, der die Rechte

und Pflichten des Vermieters auf den Ersteher des vermieteten Grundstücks übergehen läßt. Darüber ist des Näheren bei § 571 zu handeln.

Andererseits sind Mieter und Pächter nicht nur Detentoren der Miet- und Pachtsache, wie nach Römischem Recht, genießen vielmehr nach BGB. Besitzschutz als sogenannte unmittelbare Besitzer (also nicht: Eigenbesitzer), s. §§ 854ff., nam. 868.

I. Miete.

Vorbemerkung.

1. **Die Miete** ist — s. § 535 — der Vertrag, durch den sich der eine Teil (Vermieter) verpflichtet, dem andern (Mieter) den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren, während der Mieter ihm dafür einen Mietzins verspricht. Oder kürzer: die Gebrauchsüberlassung und -gewährung gegen Entgelt. Im einzelnen:

a) die Miete ist zunächst **Gebrauchsüberlassung**. Der dem Mieter zu verschaffende Gebrauch kann mehr oder minder umfassend sein, die Brauchbarkeit der Sache nach allen oder nur nach gewissen Richtungen ergreifen, Näheres bei § 535. Er kann dem Mieter ferner auf kürzere oder längere Zeit gewährt werden, s. § 535 cit. Irgend eine Zeitspanne hindurch aber muß in allen Fällen das Verhältnis währen, da jeder Gebrauch eine solche erfordert. Der zur Gebrauchsüberlassung verpflichtete Vermieter erfüllt seine Verbindlichkeit nie mit einem Schlage, sondern erst durch das andauernde Bereit- und Instandhalten der Sache während der Mietzeit. Die beim Kauf gegebene Möglichkeit eines sofort mit dem Abschluß erfüllten Realaktes und die dabei hervorgetretenen Zweifel am obligatorischen Charakter (s. oben S. 319—20) fallen hier folgerecht fort.

Die Miete ist aber nicht nur Überlassung, sondern auch **Gewährung** des Gebrauches, im Gegensatz zur Leihe. Das Gesetz spricht zwar auch bei der Miete meist nur von Gebrauchsüberlassung; es folgt aber nicht nur aus §§ 536, 537 eine weitergehende Pflicht des Vermieters, dem Mieter den Gebrauch nötigenfalls durch positives Handeln zu gewährleisten, sondern auch § 535 spricht gleich zu Anfang eine solche Verpflichtung zur Gewährung des Gebrauches aus.

b) Die Miete ist Ueberlassung des Gebrauches einer **Sache**, d. h. eines körperlichen Gegenstandes (§ 90). Im allgemeinen ungeeignet, vermietet zu werden, sind verbrauchbare Sachen (§ 92), weil und soweit an ihnen einen Überlassung zum zeitweiligen Gebrauch gegen Rückgabepflicht derselben Spezies undenkbar ist. Also keine Gas- und Wassermiete, trotz der öfter vorkommenden derartigen Bezeichnung, sondern Kauf (Kober-Staudinger B, I, 1b). Doch gilt das nicht ausnahmslos (s. Mittelstein S. 9): Miete einer übrigens verbrauchbaren Sache ist dann möglich, wenn sie zu einem andern als ihrem normalen Gebrauchszweck überlassen wird, z. B. man mietet einen Korb seltener Früchte als Prunkstück für ein Schaufenster. Möglicherweise umfaßt derselbe Mietvertrag mehrere Sachen (z. B. mehrere Bände desselben Werkes), möglicherweise, ja im Leben ungemein oft, umgekehrt nur bloße Teile einer Sache. So bei der Miete von Stockwerken oder einzelnen Zimmern, s. § 580. Ja, auch das ist denkbar, daß ein bloßer, nicht weiter abgetrennter Platz oder Luftraum innerhab eines größeren Gelasses den Mietgegenstand bilde (Miete eines Platzes in der Stadtbahn, an der Mauer, im Schaufenster für Plakate und sonstige Reklamen, eines Sitzes im Theater).

Daß die Mietsache dem Vermieter gehöre, ist für die Gültigkeit des Vertrages nicht wesentlich; man kann auch fremde Sachen vermieten, nicht nur im Falle der Untermiete (§ 549), sondern auch sonst — etwa als putativer Eigentümer, als Nießbraucher (§ 1056). Schlimmstenfalls liegt dabei, wenn der dritte sein Recht geltend macht, ein der Gültigkeit des Mietvertrages nicht entgegenstehendes (anfängliches, weil in der fehlenden Rechtszuständigkeit von vornherein begründetes) Unvermögen des Vermieters vor.

Zweifelhafter ist die Frage, wie der Umstand auf die Gültigkeit der Miete wirke, daß die Mietsache gerade dem Mieter selbst gehört (s. dazu auch M. Wolff, Festgabe für R. Koch S. 175). Einverständnis herrscht darüber, daß der Vertrag dadurch nicht unter allen Umständen nichtig werde. Das ist klar in den Fällen, wo

dem Vermieter ein Gebrauchsrecht (etwa Erbbaurecht, Nießbrauch) oder Besitzrecht (etwa Faustpfand) an der Sache zusteht. Aber auch darüber hinaus wird man den Vertrag dann wenigstens für gültig erachten, wenn damit dem Eigentümer der ihm sonst für die fragliche Zeit nur faktisch entzogene Gebrauch verschafft wird, z. B. er mietet die Sache vom (gutgläubigen) Besitzer für die Zeit des schwebenden Eigentumsprozesses. Das ist bereits in den Römischen Quellen anerkannt, s. l. 28 D. 41,2, auch l. 54 § 4 D. 47,2 (wonach es darauf ankommt, ob der vermietende Nichteigentümer ohne den Vertrag eine iusta retentio der Sache haben würde), und man wird ihrer innerlich begründeten Entscheidung auch für das BGB. folgen dürfen. Wo es freilich an einem solchen besonderen Interesse des Eigentümer-Mieters fehlte, war in Rom der Vertrag nichtig (s. l. 21 D. 41,3; l. 45 D. 50,17), und das nahm auch für das neue Recht meine Aufl. 1 um deswillen an, weil hier der Vermieter dem Mieter gar keinen ihm sonst fehlenden Gebrauch verschaffe, sodaß der Vertrag wegen Fehlens eines wesentlichen Erfordernisses nicht gültig zustande komme (§ 306). Dem folgt im wesentlichen Mittelstein S. 45—6, der noch das Beispiel bildet, daß der Eigentümer seinerseits vom Stockwerkmieter ein Zimmer mietet. Anders teilweise, in entgegengesetzter Richtung, Kipp-Windscheid S. 674 und Hellmann, KrVJSchr. **90** 434. Kipp läßt die Miete der eigenen Sache nur gültig sein, wenn der Vermieter ein Recht hatte, sie dem Mieter vorzuenthalten. Nach Hellmann umgekehrt ist sie grundsätzlich gültig, auch wenn der Eigentümer sein Recht beim Abschluß des Vertrages nicht kannte. Er ist alsdann nur (per exceptionem) von der Rückgabepflicht befreit, aber nicht auch von der Zahlungspflicht. Das dürfte in der Tat zutreffen. Das Argument meiner Aufl. 1 scheitert daran, daß nach der richtigen Ansicht (s. oben Vorbem. 3 a. E. vor § 275) die Qualität eines Schuldobjektes als dem Gläubiger gehörig nur ein Unvermögen, nicht eine objektive Unmöglichkeit der Leistung darstellen, also als anfängliches der Gültigkeit des Vertrages nicht hinderlich sein dürfte. Aber selbst von einem Unvermögen ist hier, bei einem bloßen Gebrauchsüberlassungsvertrage, nicht unterschiedslos die Rede. Wenn Kipp meint, der mietende Eigentümer habe den Gebrauch nicht auf Grund seines Miet-, sondern seines Eigentumsrechtes, so ist dagegen zu bemerken, daß gerade der in Unkenntnis seines Rechtes Mietende einen Gebrauch erlangt, den er ohnedies zwar erlangt haben könnte, aber während der Dauer dieser Unkenntnis vermutlich nicht erlangt haben würde. Er hat also tatsächlich durch den Mietvertrag den Gebrauch der Sache erlangt, und muß dafür den Mietzins zahlen. Soweit freilich der Vermieter als Besitzer einer fremden Sache ihm nach §§ 987 ff. die Nutzungen zu erstatten hat, kann der mietende Eigentümer jedenfalls die Zinszahlung verweigern — aber nicht, weil er von vornherein nicht verpflichtet wäre, sondern nur entweder auf Grund einer Aufrechnung oder eines ihr ähnlichen, besonderen rechtsaufhebenden Aktes, sowie nach dem Satze „dolo facit qui petit quod statim redditurus sit“. Außerdem ist eine solche Erstattungspflicht, somit auch das nur aus ihr folgende Leistungsverweigerungsrecht, keineswegs immer vorhanden, s. § 993. Hat der mietende Eigentümer den Mietzins bezahlt, so kann er ihn ferner keineswegs nach erlangter Kenntnis von seinem Recht mit einer condictio indebiti zurückfordern, sondern nur nach den erwähnten Regeln der §§ 987 ff.

Übrigens wird man dem über sein Eigentum irrenden Mieter nur das Recht der Anfechtung des Mietvertrages nach § 119 zubilligen können, wofern man sich entschließt, auch Irrtum über Rechtsverhältnisse gemäß § 119 Abs. 2 zu behandeln, s. Bem. dazu.

Erlangt der Mieter während des Mietverhältnisses Eigentum an der Mietsache, so bleibt der Vertrag wenigstens solange in Kraft, als jener von dem Rechtserwerb noch keine Kenntnis erhalten hat: denn insoweit hätte er ohne ihn den Gebrauch noch nicht erlangt; nicht minder solange, als dem Vermieter ein Zurückbehaltungs- oder sonstiges Besitzrecht an der Sache, abgesehen vom Mietvertrag, zugestanden haben würde. Übrigens aber erreicht dieser fortan gemäß §§ 275, 323 sein Ende, da fortan der frühere Mieter den Gebrauch allerdings als Eigentümer, nicht als Mieter auszuüben berufen ist.

Ist der Mieter nicht Eigentümer, hat oder erlangt er aber ein sonstiges Besitzrecht auf die Sache (z. B. Nießbrauch), so gelten die vorgetragenen Regeln entsprechend, Wolff aaO. Soweit die Einrede des Eigentums die Mietansprüche ausschließt, tut es auch die des sonstigen Besitzrechts — aber natürlich nicht weiter.

Wie weit die Einrede aus dem Besitzrecht eines dritten gerechtfertigt sei, darüber s. Wolff aaO. S. 178.

c) die Miete ist Gebrauchsüberlassung für eine gewisse **Zeit**, s. darüber Näheres zu § 535 Nr. 2, auch oben zu a).

d) die Miete ist Gebrauchsüberlassung **gegen Entgelt**. Auch darüber s. Näheres bei § 535 Nr. 3.

2. Die **einzelnen Verpflichtungen** der Parteien, die sich in der Grundlage schon aus den aufgezählten Erfordernissen des Mietvertrages ergeben, finden sich in den §§ 536ff.:

a) Der **Vermieter muß** dem Mieter zwecks Gewährleistung des Gebrauches die Mietsache nebst Zubehör (s. dazu Kober-Staudinger zu § 536, B. I 3) im geeigneten Zustande überlassen und während der Mietszeit darin erhalten, § 536; er haftet für faktische und rechtliche Mängel der Sache nach §§ 537ff., muß die Lasten der Sache und die Folgen der normalen Abnutzung tragen, §§ 546ff.

b) **Der Mieter muß** die Grenzen des vertragsmäßigen Gebrauches einhalten, §§ 548ff., die Sache vor Schaden behüten und von einem etwaigen Mangel Anzeige machen, § 545. Er hat ferner den verabredeten Mietzins zu zahlen, §§ 551ff., und die Sache nach Beendigung des Verhältnisses zurückzugeben, §§ 556ff. Daß er auch schon vorher — insbesondere nach erfolgter Kündigung — nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet ist, während einer angemessenen Zeit vor Beendigung des Mietsverhältnisses anderen Reflektanten die Besichtigung zu gestatten, ist trotz fehlender Sonderbestimmung des Gesetzes zweifellos. Aus § 242 ergeben sich auch die Grenzen dieser Pflicht (nicht inopportuno tempore!).

Mit der entsprechenden Einschränkung wird man den Mieter auch für verpflichtet halten, dem Vermieter selbst den Zutritt zu den Mieträumen zu gestatten, z. B. zur Information wegen etwa notwendig werdender Reparaturen. So auch OLG. Celle bei Seuffert 47 Nr. 105 S. 152ff. Andere Reparaturen dagegen darf der Vermieter wider Willen des Mieters an der Mietsache überhaupt nicht vornehmen.

3. Es kommt gerade bei der Miete öfters vor, daß die Gebrauchsüberlassung **unsittlichen** Zwecken dient, mögen diese offen ausgesprochen sein oder nur in der erkennbaren „stillschweigenden Absicht" der Kontrahenten liegen (Bordelle, Vermietung an Liebespärchen zwecks Ermöglichung unerlaubter Zusammenkünfte). Dann ist der Vertrag nach den allgemeinen Prinzipien nichtig, § 138, s. auch Entsch. d. RG. 38 Nr. 53 S. 199ff.

4 **Anwendung der allgemeinen Regeln auf den Mietvertrag**: Die Frage, wieweit neben und hinter den besonderen die allgemeinen Regeln der gegenseitigen Verträge auf die Miete anwendbar seien, ist noch wenig untersucht, s. besonders Crome, S. 540, Schöller bei Gruchot **46** 260ff.

a) Sicher erscheint soviel, daß die Sonderregeln im Fall eines Widerspruches die allgemeinen zurückdrängen, und nur darüber sind Zweifel möglich, wann im einzelnen ein wirklicher Widerspruch anzunehmen sei. Jedenfalls (so auch Crome aaO., Schöller S. 272) wird das allgemeine Rücktrittsrecht des Gläubigers wegen Nicht- oder unvollkommener Leistung bei der Miete ersetzt durch § 542, der für sein Gebiet die §§ 325ff. als mit ihm unvereinbar ausschließen muß. Wieweit wegen mangelhafter Erfüllung Ersatz zu leisten sei, bestimmt § 538 offenbar für sein Gebiet gleichfalls ausschließend. Aber jener umfaßt nicht alle Fälle, sondern nur die, wo die Mietsache Mängel aufweist, und auch davon zwar die anfänglichen Mängel allgemein, von den später entstandenen aber nur die vom Vermieter verschuldeten. Die Folgen solcher unverschuldeter Mängel behandelt § 537, der dadurch den Mieter von seiner Pflicht zur Zinszahlung entlastet werden läßt.

b) Wegen der nicht den Sonderregeln unterworfenen Fragen dürfte es bei der Anwendung der allgemeinen sein Bewenden behalten. Eine gegenteilige Annahme hat nicht den mindesten inneren wie äußeren Anhaltspunkt und würde die gesetzliche Regelung zu einer lückenhaften stempeln.

Es handelt sich dabei besonders um folgende Punkte:

α) Säumnis des Vermieters in der Gebrauchsgewährung. Er haftet dafür auf Schadensersatz nach allgemeinen Regeln, da § 542 nur den Rücktritt, nicht die Verzugsfolgen überhaupt besonders regelt.

β) Der Mieter bewirkt die Unmöglichkeit der Vermieterleistung. Dann hat § 324 zur Anwendung zu kommen.

γ) Die Mietsache wird durch Schuld des Vermieters nicht nur mangelhaft, sondern geht völlig unter. Dann dürfte statt § 542, der einen heilbaren Gebrauchsmangel unterstellt, § 325 anwendbar sein.

d) Sie geht durch Zufall unter. Dann kommt natürlich nicht § 538 (s. oben), aber auch wohl nicht § 542 oder (s. oben γ) § 537 — der nur einen Fehler der Mietsache, also ihre fortdauernde Existenz, unterstellt — zur Anwendung, sondern § 323. Zweifelhaft ist das bei teilweisem Untergang der Mietsache. Soweit darin ein „Fehler" zu erblicken ist, treten wieder die Folgen nach §§ 537/8 ein. Doch ist dem schwerlich immer so: z. B. von zwei gemieteten Pferden krepiert das eine; anders, wenn von der gemieteten Wohnung ein Zimmer ausbrennt. Übrigens führen die §§ 323 Abs. 1 a. E. und § 537 Abs. 1 a. E. wesentlich zum gleichen Ergebnis.

Sehr schwierig ist aber die Frage nach der Anwendbarkeit des § 542 in den hier besprochenen Fällen. Man wird sagen: soweit der Vertrag bereits nach § 323 aufgehoben bezw. abgemindert ist, bleibt für eine Kündigung im Sinne des § 542 kein Raum mehr. Soweit er aber danach bestehen bleibt, kann der Mieter ihn auch wohl nicht durch Kündigung für den Rest zur Aufhebung bringen. Freilich ist § 542 nicht auf eine vom Vermieter **verschuldete** Nichtgewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs beschränkt. Aber bei teilweise unmöglich gewordener Leistung ist der Vermieter nach §§ 275, 323 für den unmöglich gewordenen Teil frei geworden; der unmöglich gewordene Gebrauchsteil ist also kein geschuldeter mehr, also doch auch wohl kein „vertragsmäßiger" im Sinne des § 542. Immerhin darf man nicht vergessen, daß der teilweise Untergang der Mietsache nicht notwendig zugleich eine teilweise Unmöglichkeit der Vermieterpflicht bedeutet, insoweit nämlich der Vermieter zur **Reparatur** im Stande und nach Treu und Glauben verpflichtet ist. Ihre Unterlassung gibt in solchen Fällen dem § 542 Raum.

Zu beachten ist ferner, daß bei der Miete jede nach der Gebrauchsüberlassung eintretende Unmöglichkeit, wenn auch die ganze Mietsache treffend, stets nur eine teilweise ist, da sie nur für einen Teil der Vertragsdauer die Gebrauchsgewährung trifft. Insofern kommt auf die Miete immer nur der erste, nicht der zweite Halbsatz vom § 323 Abs. 1 zur Anwendung.

5. **Mitunterschrift des Ehegatten bei Miet- und Pachtverträgen** (s. dazu neuestens **Oertmann**, DJZ. **05** 1079 ff.): Sie spielt in der modernen Großstadt eine erhebliche Rolle, indem der Vermieter nur dadurch in die Lage kommt, auch das eingebrachte Mobiliar der Ehefrau seines Mieters seinem gesetzlichen Vermieterpfandrecht (§ 559) zu unterwerfen. Jedoch ist in der bloßen **Mitunterzeichnung** des Vertrages durch die Ehefrau als solcher nicht ohne weiteres eine selbständige Mietverpflichtung, andererseits aber auch mehr als eine bloße **Verbürgung** der Frau für die Mietschuld ihres Mannes zu sehen, da diese die Erstreckung des Pfandrechts auf das Frauengut nicht rechtfertigen würde. Es handelt sich vielmehr um ein **akzessorisches** in Bestand und Dauer ohne weiteres an das ehemännliche Mietverhältnis geknüpftes Mietverhältnis der Frau. So auch OLG. Braunschweig bei Seuffert 57 Nr. 101 S. 179. Anders nur, wenn **erweislich** die Frau die volle Mieterstellung, insbesondere auch selbständige Mieterrechte, haben soll. Ist umgekehrt am Kopfe des Vertrages nur der Mann als Mieter aufgeführt, so spricht das ohne weiteres entscheidend für die schwächere Bedeutung der Mitunterzeichnung durch die Frau.

Kündigt der Mann den Vertrag, so wirkt das natürlich auch für die nur als akzessorische Mieterin oder gar nur als Bürgin beigetretene Frau. Aber auch, wenn sie neben ihm als selbständige Mieterin kontrahiert hat, ist im Zweifel anzunehmen, daß der Mann die Kündigung zugleich als ihr Bevollmächtigter vollzogen habe, denn im Leben pflegen Mietkündigungen erfahrungsgemäß nur auf Grund vorheriger Verständigung der beiden Gatten vorgenommen zu werden. Liegt eine solche Verständigung vor, so ist darin ohne weiteres eine Vollmachtserteilung an den Mann zu erblicken, die Miete zu kündigen, und kündigt er alsdann den beiderseits unterzeichneten Vertrag, so ist das als zugleich für die Frau geschehen selbst dann zu verstehen, wenn er nicht ausdrücklich in ihrem Namen gehandelt hat. So mit Recht KG. vom 22. IX. 1904 in Rspr. IX S 301 unter Berufung auf § 164 Abs. 2 und die bei **Warneyer** BGB. zu § 564 Nr. 2 zitierte weitere Praxis.

6. **Der sogenannte Safevertrag** (s. dazu die Literaturangaben bei **Neumann**, Jahrbuch II S. 292—3 und **Kober-Staudinger** zu § 580 c). Darunter versteht man die entgeltliche Überlassung von Tresorfächern in den Stahlkammern der Banken zwecks Aufbewahrung von Wertsachen. Einige sehen darin einen **Verwahrungsvertrag** (so Staub, Exkurs zu § 424 a. A., **Hancke**, DJZ. **00** 389). Aber mit mehr Recht wird das Geschäft von anderen (so **Brückner**, Recht **02** 251 ff., ihm

folgend Kober aaO.) als Miete bezeichnet. Dafür spricht besonders, daß es für die Parteipflichten ganz gleich ist, ob und wieviel Wertstücke in das Safefach eingelegt werden; insbesondere die Vergütung sich nicht, wie bei Depots, nach ihrem Werte abstuft. Ferner erlangt die Bank an den eingelegten nicht den (unmittelbaren) Besitz, und auch soweit sie den Mitverschluß erlangt, dies doch nicht im Sinne des Mitbesitzes: denn zwar ist die Bank dem Mieter, aber nicht dieser der Bank zur Beteiligung an Öffnung des Faches verpflichtet. Die Bank übernimmt dafür auch keine besondere Verwahrungs- oder Bewachungspflicht des einzelnen Safes, sondern nur eine Bewachung des Bankgebäudes und der darin enthaltenen Stahlkammer im allgemeinen. Das ist höchstens graduell anders, wie die auch sonst bei der Miete — man denke an großstädtische Miethäuser und ihre Portiers — vorkommende Übernahme einer Bewachung der Mietlokalitäten durch den Vermieter. Darin liegt überall höchstens eine Nebenabrede zum Mietvertrag.

7. Als Sachmiete ist auch das Verhältnis der Teilnehmer eines **Ortstelephonnetzes** zur Fernsprechverwaltung aufzufassen; nur akzessorisch sind ihm Elemente des Dienstvertrages beigemischt. So richtig Jörges, ZHR. 56 44ff, bes. 56.

8. **Vormiete** (s. Bruck ArchBürgR. 20 33ff.). Wie ein Vorkauf, so kommt auch eine ihm *mutatis mutandis* entsprechende Vormiete vor. Wie jener, ist auch sie kein Vorvertrag, da zum Zustandekommen des Mietverhältnisses selbst kein weiterer Vertragsschluß, sondern nur eine einseitige Erklärung erfordert wird. Sie stellt vielmehr rechtlich einen doppelt bedingten Mietvertrag vor, bedingt sowohl durch Abschluß eines anderweiten Mietvertrages zwischen dem Vermieter und einem dritten als durch Ausübung der Berechtigung. Die Form der Vormiete ergibt sich aus § 566.

§ 535.

Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren. Der Mieter ist verpflichtet, dem Vermieter den vereinbarten Mietzins zu entrichten.

E. I 503, E. II 480, RB. 528. — Mot. S. 368—72, Prot. II S. 130.

S. im allgemeinen die Vorbemerkung; das dort Gesagte soll hier nur noch in einzelnen Punkten ergänzt werden:

1. Der Vermieter muß dem Mieter „den **Gebrauch gewähren**", natürlich nicht notwendig **jeden** Gebrauch, sondern den „**vertragsmäßigen**" (s. § 536), also den besonders ausgemachten oder sich aus dem erkennbaren Zweck des konkreten Mietverhältnisses ergebenden. Danach kann die Gebrauchsgewährung unbeschränkt sein, meist aber wird sie mehr oder minder umfassenden Beschränkungen unterliegen, z. B. selbst bei Miete ganzer Häuser durch die Grenzen des normalen Wohnzweckes. Oft sind aber selbst bei Wohn- und anderen Räumen die vertragsmäßigen Gebrauchszwecke qualitativ noch viel weiter beschränkt, z. B. bei Vermietung eines Zimmers an einen sog. Schlafburschen, eines Platzes zur Betrachtung eines feierlichen Aufzuges (wobei natürlich aber nicht nur die Freilassung des Platzes selbst, sondern auch die Gewährung der Aussichtsmöglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauch gehört).

Unter **Gebrauchsgewährung** ist zu verstehen nicht nur das Wohnen- oder sonstige Benutzenlassen, sondern eine Überlassung und Erhaltung in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustande, s. darüber besonders § 536. Nach den Umständen des Einzelfalles kann aber außerdem dazu noch erforderlich sein eine sonstige Tätigkeit, insbesondere auch eine Geltendmachung von Ansprüchen gegen etwaige dritte Störer. Auf eigenen Rechtsschutz, selbst wenn er ihm zustehen sollte (als possessorischer nach §§ 859—62), darf dabei der Vermieter den Mieter nicht verweisen; dieser kann normalerweise verlangen, daß der Vermieter den Streit an seiner Stelle ausfechte und eine Weigerung desselben als Verletzung der Vertragspflichten behandeln. Natürlich ist das aber nicht der Fall wegen solcher Störungen dritter, die auch der Eigentümer selbst sich auf Grund des Nachbarrechtes (§ 906) gefallen lassen müßte, s. Fuld S. 78. Derartiges kann auch der Mieter nicht als unzulässige Beeinträchtigungen ansehen. Die Polemik von Mittelstein, Miete S. 214 Anm. 14, schlägt nicht durch, wenigstens nicht, soweit gesetzliche, jeder Sache in gleicher Lage anhaftende

und daher vom Mieter in Berechnung zu ziehende Nachbarrechte in Frage stehen. Wegen besonders bestellter Rechte dieser Art haftet freilich der Vermieter nach § 541.

Gehört zu der dem Vermieter obliegenden Gebrauchsgewährung auch, daß er dem Mieter die Anbringung von Fernsprechanlagen gestatte? Angesichts der heutigen Verhältnisse wird jedenfalls für groß- und mittelstädtische Mietverhältnisse die Frage im Zweifel zu bejahen sein. So auch schon RG. Bd. 37 Nr. 56, anders freilich — für das Landrecht — RG. Bd. 49 Nr. 73; dafür jetzt auch Mittelstein, DJZ. 02 290. Dagegen wird man dem Vermieter schwerlich ohne weiteres die Pflicht auferlegen können, die von der Post verlangten Aufwendungen für die Fernsprechanlagen aus eigener Tasche zu bezahlen. Anders nur bei einem ausdrücklichen, bei gewissen großstädtischen Mietverhältnissen auch wohl als stillschweigend erteilt zu unterstellenden Versprechen des Vermieters (s. dazu auch Mittelstein aaO.).

Die Anlage einer öffentlichen Telephonstation durch den Mieter braucht sich der Vermieter natürlich an sich überhaupt nicht gefallen zu lassen. Nur, wenn ein Haus geradezu für den Post- und Telegraphendienst gemietet ist, gehört eine solche zu dem besonderen vertragsmäßigen Gebrauch und ist insofern ohne weiteres als durch den Mietvertrag gestattet zu unterstellen. So auch im Ergebnis OLG. Celle bei Seuffert 53 Nr. 147 S. 266.

Ähnlich wie mit Fernsprechanlagen steht es mit Schildern, Adressen und auf den Beruf des Mieters hinweisenden Plakaten (z. B. Anzeige eines Ausverkaufs, einer Auktion). Der Vermieter wird sie in der Regel dulden müssen, Dernburg § 210 No. 2, RG. in Rspr. II S. 32, wo daraus auch zutreffend gefolgert wird, daß der Mieter vom Vermieter die Entfernung sonstiger, für die Anbringung seines eigenen keinen Raum übrig lassender Firmenschilder und Reklametafeln verlangen könne. Unverhältnismäßig häßliche, schreiende, sowie inhaltlich oder formell anstößige Adressen und Plakate des Mieters zu dulden ist der Vermieter mit Dernburg nicht für verpflichtet zu erachten. S. auch die weiteren Angaben aus der Praxis bei Warneyer, BGB. zu § 535 Nr. 3, die mehrfach von einander abweichen.

Vielfach wird zur Gebrauchsgewährung eine **Übergabe** der Mietsache notwendig, und insofern ist der Vermieter auch zu ihr verpflichtet. Schlechthin trifft das aber nicht zu (s. oben: man denke auch an Miete von Kirchenstühlen u. dergl.); es entscheidet vielmehr darüber wieder die Lage des Einzelfalles. Aus dem Wortlaut des § 536 („hat . . . zu überlassen") ist eine unterschiedslose Übergabepflicht mit nichten zu folgern.

2. Die Miete ist ihrer Natur nach beschränkt auf eine gewisse **Zeit**; eine immerwährende Überlassung des Gebrauches wäre in Wahrheit eine solche der Sache selbst, also Kauf, nicht mehr Miete. S. auch § 567 und dazu G. Cohn, Das neue Deutsche bürgerliche Recht in Sprüchen, II S. 97:

„Ewige Miete
Ist eine Niete".

Zweifelhaft ist die Statthaftigkeit einer Miete bis zu einem unbestimmten Endtermin (dies incertus an et quando). Dafür nach altem Recht RG. 36 Nr. 73 (Miete, solange ein Gericht sich am Ort befindet), nach neuem Leske S. 226 Anm. 9. M. E. ergibt die Entscheidung sich aus § 567: tritt der Endtermin in 30 Jahren ein, so hat die Zulässigkeit der Mietspflicht bis dahin kein Bedenken; andernfalls ist freilich fortan Kündigung unter gesetzlicher Frist am Platze.

Daß die Mietzeit ununterbrochen fortlaufe, ist durchaus nicht erfordert; man kann z. B. einen Saal zu Vorträgen auf gerade eine bestimmte Stunde täglich, wöchentlich, monatlich mieten.

3. Wesentlich ist der Miete die Vereinbarung eines **Mietzinses**, den der Mieter — im Zweifel postnumerando — zu zahlen hat. Daß der Zins gerade in Geld bestehe, ist aus dem Gesetze weder unmittelbar noch mittelbar zu entnehmen; man wird die Frage daher wohl, im Gegensatz zum Römischen Recht (§ 2 J. III, 24; l. 5 § 2 D. 19,5), verneinen müssen. S. Mot. S. 372. Genauer sind dabei zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Besteht die Gegenleistung nicht in Geld, aber in einer Quantität anderer vertretbarer Sachen, so dürfte mit dem SächsGB. § 1190 und Dresdener Entw. Art. 540 eine einfache Miete anzunehmen sein. Hier fehlt das Moment eines anderen, mit der Miete zu kombinierenden zweiten Vertrages.

b) Zweifelhaft ist die Behandlung des Falles, wenn die Gegenleistung in Diensten besteht. So z. B., wenn jemand sich gegen Überlassung einer Wohnung zu den Dienstleistungen eines Portiers, einer Haushälterin verpflichtet. S. dazu neuestens Lotmar, Arbeitsvertrag S. 176ff., 687ff., Mittelstein S. 20ff., Regelsberger, Iherings Jahrb. 48 453ff., Müller das. 223ff.

Ist alsdann Miet-, Dienstvertrag oder ein aus Bestandteilen beider kombinierter Mischvertrag anzunehmen? Soweit die eine oder andere Leistung für den besonderen Vertragszweck nur als nebensächlich anzusehen ist, vielleicht gar nur als Mittel zu diesem Zweck, übt sie auf die grundsätzliche Gestaltung keinen Einfluß — so, wenn dem Dienstpersonal, dem Hauslehrer, der Krankenwärterin ein Wohnraum überlassen wird (so auch Lotmar S. 688), wenn umgekehrt ein Mieter sich nebenbei zur Bewachung des Miethauses verpflichtet. Andernfalls liegt zwar nicht eine Kombination zweier Geschäfte vor (so Aufl. 1), wohl aber ein aus Bestandteilen von Miet- und Dienstvertrag zur Einheit zusammengefügtes Mischgeschäft, ein contractus sui generis. Seine Beurteilung im Einzelnen bedarf, wie die der Mischgeschäfte überhaupt, noch näherer Untersuchung, s. auch oben Bem. zu § 516 über die gemischte Schenkung und unten Nr. 4 vor § 611.

Zu scheiden sind dabei wiederum zwei Unterarten:

α) Leistung und Gegenleistung sind für sich einheitlich, aber diese ist einem andern Geschäftstypus entnommen. Dann scheint auf den ersten Blick von den beiden synallagmatisch verknüpften Seiten des Verhältnisses die eine sich allein nach den Regeln des Miet-, die andere nach denen das Dienst- oder sonstigen zweiseitigen Vertrages zu bestimmen, scheinen den Vermieterpflichten nicht Vermieter-, sondern Dienstherrenrechte gegenüberzustehen. Aber das erschöpft die Beurteilung nicht. Es scheiden vielmehr beiderseits nur die Pflichten des Miet- wie des Dienst- (oder sonstigen) Verhältnisses aus, welche besonders durch Einfügung eines anderweiten Pflichtenkomplexes ersetzt sind, also vornämlich die Zins- und Lohnzahlungspflicht. Die sonstigen Pflichten aber, die im Grunde nur Korrelate der entsprechenden Vertragsrechte darstellen, z. B. die Rückgabepflicht des Mieters, die Fürsorgepflichten des Arbeitgebers, bleiben grundsätzlich bestehen. Insofern hat jeder der Beteiligten bei den Mischgeschäften zwei verschiedene Pflichtenkomplexe nebeneinander zu erfüllen.

β) Bereits die Leistung der einen Partei weist für sich einen gemischten Charakter auf, z. B. die Zimmervermieterin übernimmt die Lieferung von Kaffee und Mittagessen, die Reinigung der Wäsche. Diese Leistungen stehen zwar nicht einfach im Dienste des Mietzweckes, das Geschäft ist also nicht bloß Miete. Aber sie haben doch immerhin einen mit dem Mietbestandteil des Geschäftes so untrennbaren Zusammenhang, daß sie mit diesem normalerweise ohne weiteres ihr Ende erreichen, z. B. wenn der eine oder andere Teil die Miete befugterweise kündigt. Daß der Wegfall der genannten besonderen Vertragsbestandteile ebenso auf das Mietverhältnis einwirke, läßt sich jedenfalls nicht unterschiedslos behaupten — es müßte sich denn um solche Leistungen handeln, die losgelöst von dem Mietverhältnis nicht oder nicht ohne unverhältnismäßige Unbequemlichkeit zu beschaffen sind, z. B. Morgenkaffee. S. überall auch Lotmar S. 177ff., 687. Übrigens gilt auch hier das zu α Gesagte entsprechend.

Hat insbesondere der Gebrauchsberechtigte Arbeit zu leisten, so wird es für die Beurteilung des Mischvertrages an erster Stelle darauf ankommen, ob er eine sonstige, insbesondere Geldleistung neben der Arbeit seinerseits zu vollziehen hat, oder sie umgekehrt neben der Gebrauchsgewährung empfängt. Ersterenfalls scheint für den Mischvertrag vorzüglich der Gebrauchsüberlassungs-, letzterenfalls der Arbeitsüberlassungszweck charakteristisch. Doch allein kommt es darauf schwerlich an, und keinenfalls wird dadurch das gemischte zu einem einfachen Geschäft. Anders anscheinend Dernburg § 215.

Jedenfalls müssen, damit eine Miete vorliege, **regelmäßige Leistungen** des Gebrauchsempfängers vereinbart werden. Ich sehe nicht ein, wie man sonst von einem „Mietzins“ noch reden kann — das Moment der Periodizität ist ein entscheidendes Kennzeichen der Zinsen wie der Früchte (s. Dernburg, Privatrecht II § 34). Doch wird man die Gebrauchsüberlassung gegen eine, nicht nach der Zeit bemessene, einmalige Abgabe dem Mietvertrag im allgemeinen entsprechend zu behandeln haben. Damit erledigt sich in der Sache der Widerspruch von Mittelstein S. 13.

4. Die **Form** des Mietvertrages ist die gewöhnliche, s. aber wegen der Miete von Grundstücken § 566.

5. S. die **Übergangsbestimmungen** in EG. Art. 171 ff.

§ 536.

Der Vermieter hat die vermietete Sache dem Mieter in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustande zu erhalten.

E. I 504, E. II 481, RB. 529. — Mot. S. 372–3, Prot. II S. 130–1.

1. Es folgt aus der Natur der Sache und entspricht dem früheren Recht, daß der Vermieter seinen Pflichten nicht genügt durch die bloße Überlassung und Belassung der Mietsache an sich, sondern nur durch eine solche, die dem Mieter den vertragsmäßigen Gebrauch gewährt. Das wird in § 536 zum Überfluß noch besonders ausgesprochen.

Im einzelnen ergibt sich aus § 536 für den Vermieter, ohne daß es noch eines besonderen Ausspruches im Gesetze bedurfte:

a) Die Pflicht zur Ausbesserung der Mietsache (im Landrecht und im Sächs. GB. §§ 1199–1200 ausdrücklich erwähnt), soweit ohne sie der vertragsmäßige Gebrauch beeinträchtigt würde (zersprungene Scheiben, geplatzte Öfen, schadhafte Dächer). Natürlich kann das Gegenteil sowohl ausdrücklich ausgemacht werden, als auch unter Umständen, z. B. bei einem den Parteien bekannten, allgemeinen abweichenden Ortsgebrauch, als stillschweigend vereinbart gelten.

b) Die Pflicht zur Wiederherstellung der durch Zufall (oder gar durch Schuld des Vermieters) beschädigten Sache. Ist diese freilich nicht sowohl beschädigt, als untergegangen oder doch für den konkreten Gebrauchszweck endgültig unbrauchbar geworden, oder würde umgekehrt die Reparatur zwar möglich, aber für den Vermieter unverhältnismäßig kostspielig sein, so ist eine Unmöglichkeit der Erfüllung eingetreten, die den Vertrag nach § 323 aufhebt, so auch die Entsch. bei Seuffert 7 Nr. 171 S. 202 und 21 Nr. 45 S. 86. Also wird der Mieter z. B. den Wiederaufbau des durch Brand zerstörten Hauses nicht verlangen können.

Die Grenze beider Fälle dürfte nach dem Gesichtspunkte zu ziehen sein, ob durch das Recht oder die Pflicht zur Wiederherstellung der konkrete Vertragszweck sei es des einen, sei es des anderen Teiles wesentlich beeinträchtigt werde oder nicht — nur in letzterem Falle bleibt der Vertrag bestehen, und muß der Vermieter die Sache ausbessern. Die Formel der Protokolle (II S. 131, ähnlich auch Planck Abs. 2 und Goldmann-Lilienthal S. 548), es werde in der Regel darauf ankommen, ob die Wiederherstellung sich unter Wahrung der Identität der Sache ermöglichen lasse, scheint mir minder empfehlenswert zu sein.

Ähnlich wie hier Dernburg § 217, I, 3; Mittelstein S. 96; v. Tuhr, Iherings Jahrb. 46 51 („der Mieter darf den Vermieter nicht zu einer Reparatur zwingen, die einem Neubau ökonomisch gleichkommt"); auch Kober-Staudinger Nr. IV.

Übrigens ist die Vornahme von Reparaturen nicht nur eine Pflicht, sondern möglicherweise auch ein Recht des Vermieters; selbst wenn sie den Gebrauch der Mietsache zeitweilig beeinträchtigen sollte, braucht der Vermieter damit nicht zum dauernden Schaden der Sache zu warten, bis das Mietverhältnis zu Ende geht. Das ergibt schon die allgemeine Rücksicht auf Treu und Glauben, aber auch speziell der § 545. Natürlich gilt das nur bei unaufschiebbaren Reparaturen, und auch sie muß der Vermieter möglichst wenig störend vornehmen, z. B. bei Wohnungen in der Regel nur sukzessive in den verschiedenen Räumen, so auch KG. vom 9. XI. 1903, Rspr. IX S. 2. Und auch dann kann der Mieter gemäß § 537 Minderung des Zinses verlangen.

c) Die Pflicht, vom Mieter alle Störungen und Beunruhigungen tunlichst fernzuhalten (Staudinger Nr. II 3d). Er muß gegen dritte Störer und Eindringlinge ungesäumt vorgehen (s. auch schon Nr. 1 Abs. 2 zu § 535); Gebrauchsüberschreitungen und sonstige Ungehörigkeiten anderer Mieter hintanhalten und nötigenfalls beseitigen; auch die Aufnahme bedenklicher, unanständiger, ansteckend erkrankter Personen als

weiterer Mieter unterlassen. Nicht minder muß er sich selbst störender Anlagen und Maßnahmen enthalten. Ob er berechtigt sei, neben dem geschäftlichen Betriebe des Mieters im Mietshause einen konkurrierenden Betrieb zu eröffnen oder einem dritten zu gestatten, wird sich nicht allgemein entscheiden lassen. Es kommt mangels besonderer Abmachung darauf an, ob der Betrieb des Mieters ein solcher ist, für den nach Anlage und Eigenart des Mietsgebäudes auf eine Ausschließlichkeit darin gerechnet werden durfte. Das ist z. B. bei Restaurants in der Regel der Fall, so auch OLG. Braunschweig in der BraunschweigZ. 48 97 ff., ebenso wohl bei Materialwaren und Zigarrengeschäften, nicht aber auch bei Fabrikräumlichkeiten.

d) bei Miete von **Wohnungen** (anders bei ganzen Häusern) obliegt dem Vermieter auch eine Pflicht zur Instandhaltung, Säuberung und insbesondere Beleuchtung von Vorplätzen, Treppen und gemeinsamen Korridoren. Das ist mit Fuld S. 84 (auch Fränkel S. 32 No. 1) trotz mangelnder Sonderbestimmung aus der allgemeinen Grundpflicht des § 536 zu folgern; weniger weit will allerdings für das Preußische Recht die Entsch. des RG. 23 Nr. 50 S. 225 gehen, aber ihre Gründe schlagen gegenüber dem allgemeineren Wortlaut des neuen Rechts nicht mehr durch.

Freilich sind in Bezug auf die Beleuchtung auch für das neue Recht manche anderer Ansicht, so Arnold S. 44; Brückner S. 58; Kober-Staudinger Nr. II, 4a; Mittelstein S. 98. Aber Mittelstein muß selbst zugeben, daß gemeinsame Treppen im Miethause unter der Herrschaft des Vermieters bleiben und dieser sie insoweit in einem vertragsmäßigen Zustande erhalten müsse. Mehr wird hier schließlich auch nicht behauptet, insbesondere nicht, daß die Beleuchtung der abgeschlossenen Innenkorridore dem Vermieter obliege. Übrigens kommt es für die Beantwortung der strittigen Frage in weitem Umfang auf die Ortssitte an. So auch RG. JZ. III vom 26. I. 1904 bei Gruchot 48 901 (für die Säuberungspflicht des Vermieters).

Dem Vermieter liegt ferner die Reinigung der Straße vor dem Miethause, der Kloaken und Müllgruben sowie der Schornsteine in entsprechendem Umfange ob, also bei den Schornsteinen insbesondere nur die der allgemeinen im Miethause, nicht auch derjenigen in der einheitlich vermieteten Villa. Die Reinigung der Öfen und Ofenrohre dagegen fällt dem Mieter ebenso zur Last, wie die der ihm zum besonderen Gebrauch überlassenen Mieträume überhaupt. So auch Mittelstein S. 97.

2. Die Bedeutung des § 536 liegt besonders darin, daß er außer Zweifel stellt, es stehe dem Mieter auf die Erfüllung der fraglichen Verbindlichkeiten des Vermieters ein klagbarer Anspruch zu, s. Planck Nr. 1. Ebenso kann er natürlich, ohne daß es besonderer Vorschrift bedurft hätte, auf Herstellung einer zugesicherten Eigenschaft klagen. Die weiteren Folgen der Verletzung jener Pflichten, insbesondere die Befreiung des Mieters von der Zahlung des Mietzinses, sein Anspruch auf Schadensersatz, werden teils in den folgenden Paragraphen geregelt, teils bestimmen sie sich — denn § 538 handelt nur von der Ersatzpflicht wegen vorhandener Mängel, nicht auch von der wegen Nichtgewährung des Gebrauchs — nach den allgemeinen Regeln. So mit Recht Goldmann-Lilienthal S. 549 gegen die mißverständliche Wendung in meiner Auflage 1.

3. Sowohl bei § 536 wie bei den folgenden Bestimmungen kommt es nicht sowohl auf den **gewöhnlichen**, als vielmehr gerade nur auf den **vertragsmäßigen Gebrauch** an. Darin liegt ein Unterschied gegenüber dem Kauf, bei dem der Verkäufer nach §§ 459 ff. ja auch wegen der den gewöhnlichen Gebrauch beeinträchtigenden Mängel haftet. Diese Unterscheidung entspricht dem GR., während sie dem Landrecht nach der Entsch. d. RG. bei Gruchot 26 905 fremd sein soll.

§ 537.

Ist die vermietete Sache zur Zeit der Überlassung an den Mieter mit einem Fehler behaftet, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt oder mindert, oder entsteht im Laufe der Miete ein solcher Fehler, so ist der Mieter für die Zeit, während deren die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung des Mietzinses befreit, für die Zeit, während deren die Tauglichkeit gemindert

ist, nur zur Entrichtung eines nach den §§ 472, 473 zu bemessenden Teiles des Mietzinses verpflichtet.

Das Gleiche gilt, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder später wegfällt. Bei der Vermietung eines Grundstücks steht die Zusicherung einer bestimmten Größe der Zusicherung einer Eigenschaft gleich.

E. I 505, E. II 482, RV. 530. — Mot. S. 373–6, 78, Prot. II S. 131–2.

Literatur: Tumpowsky, Die Mängelansprüche des Mieters, 1902.

1. **Allgemeines:** Die §§ 537 ff. bestimmen über die Folgen von Mängeln der Mietsache, die ihren „vertragsmäßigen Gebrauch" im Sinne der §§ 535—6 aufheben oder mindern.

Der Begriff des Fehlers entspricht mutatis mutandis dem beim Kauf, s. Bem. zu § 459. Man wird darunter mit Kober-Staudinger II, 2 einen solchen Mangel der Mietsache verstehen, der den vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt oder mindert. Körperlich braucht der Mangel der Mietsache nicht anzuhaften; er kann auch in „Imponderabilien" bestehen, die mit der Mietsache zusammenhängen und die auf ihren Gebrauch störend einwirken; z. B. es stellt sich heraus, daß das Miethaus als Aufenthalt von lichtscheuem Gesindel, liederlichen Dirnen berüchtigt und daher als Aufenthalt anständiger Mieter ungeeignet ist (so auch RG. im SächsArch. **10** 369). Schon eine derartige Verrufenheit der Nachbarhäuser kann dazu genügen, wenn sie die Bewohnbarkeit auch des Miethauses erweislich beeinträchtigt.

Auch hier wird, insoweit wie beim Kaufe, den eigentlichen Fehlern das Fehlen (oder der spätere Wegfall) zugesicherter Eigenschaften gleichgestellt, § 537 Abs. 2. Was darunter zu verstehen ist, wird sich nach Analogie des beim Kauf Gesagten (s. Bem. 5 zu § 459) bestimmen lassen; nicht jede bloße Angabe gehört dahin, insbesondere wenn sie einen rein reklamehaften Charakter hatte oder sonst erkennbar nicht ernstlich gemeint war. Es würden etwa dahin zählen: Zusicherungen einer ganz besonderen Trockenheit oder leichten Heizbarkeit der Wohnung, die z. B. ein mit Rheumatismus Behafteter mietet, bei der Pacht von Geschäften, Bierlokalen usw. auch Zusicherungen des Umsatzes (s. die Angaben bei Kober-Staudinger Nr. II, 2 b β). Bei Grundstücken soll auch die zugesicherte **Größe** nach Abs. 2 Satz 2 als zugesicherte Eigenschaft anzusehen sein, entsprechend § 468.

2. **Die Rechtsfolgen** der Mängel und des Fehlens der nach Nr. 1 zu vertretenden Eigenschaften bestehen, soweit sie in § 537 geregelt sind, in folgendem:

a) **wenn der Mangel den vertragsmäßigen Gebrauch ganz aufhebt,** so ist der Mieter von der Verpflichtung des Mietzinses für die Dauer dieser Aufhebung, also möglicherweise für die ganze Mietszeit, befreit.

b) **wenn der Mangel die Tauglichkeit nur mindert,** so tritt auch nur eine entsprechende Minderung des Mietzinses ein. Die Berechnung erfolgt nach den Grundsätzen des Minderungsanspruchs (§§ 472—3), also X verhält sich zum ausgemachten Zins, wie der Wert des Gebrauches der mangelhaften zu dem der als mangelfrei gedachten Sache. Der Mangel hindert den Gebrauch auch dann, wenn er nur die Notwendigkeit einer sofortigen Reparatur hervorruft, die erst ihrerseits störend auf die Benutzung der Sache einwirkt. Selbst der Umstand, daß der Mieter seinerseits die Reparatur verlangt und insoweit die Gebrauchshinderung unmittelbar herbeigeführt hat, kann die Anwendbarkeit der Rechte aus § 537 nicht ausschließen, denn mittelbar und entscheidend war doch der die Reparatur notwendig machende Mangel Grund der Gebrauchsschmälerung.

c) **bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft „gilt das Gleiche"**, d. h. die Pflicht zur Zinszahlung fällt ganz weg auch wieder nur, wenn dadurch der vertragsmäßige, insbesondere der gerade durch die Zusicherung bedingte, Gebrauch aufgehoben wird, sonst tritt nur entsprechende Minderung ein.

Während beim Kaufe in § 459 bestimmt war, daß die Rechtsfolgen wegen unerheblicher Mängel nicht einträten, fehlt hier eine entsprechende Einschränkung. Sie erübrigt sich angesichts der dargestellten Regelung, indem danach die Tragweite der Rechtsfolgen sich von vornherein nach der Bedeutsamkeit der Mängel abstuft.

3. **Zeit des Eintritts der Mängel:** Ob die nach Nr. 2 beachtbaren Mängel schon bei Beginn des Mietverhältnisses vorhanden waren, oder erst später eintreten oder sichtbar wurden, macht keinen Unterschied, nur mit der durch § 539 (s. diesen) gebotenen Einschränkung. Natürlich beschränkt sich aber die Wirkung der Mängel auf die Zeit ihres Vorhandenseins. Ob sie sofort erkannt wurden, ist dagegen, falls ihre Wirkungen schon eingetreten waren, gleichgültig, z. B. es stellt sich nachträglich heraus, daß das Getreide infolge Feuchtigkeit des gemieteten Speichers gelitten hatte. Dann erscheint die Tauglichkeit des letzteren nachträglich für den vertragsmäßigen Gebrauch während der Mietszeit als aufgehoben.

4. **Rechtliche Natur der Modifikation der Zinspflicht.** Anders als beim Kaufe, sind hier die Gerechtsame des beeinträchtigten Mieters nicht als besondere Ansprüche gestaltet, sondern als von selbst eintretende Modifikationen seiner Vertragspflicht, so auch Tumpowsky S. 21 ff. Sie unterliegen also keiner besonderen Verjährung, können auch, soweit nicht nach § 539 das Rügerecht erloschen ist, noch nach beendigtem Mietverhältnis gegenüber der Klage auf den Mietzins im Wege der Einwendung geltend gemacht werden, OLG. Braunschweig bei Seuffert 58 Nr. 51 S. 97. Diese Gestaltung erklärt sich daraus, daß der Vermieter zu einer dauernden Leistung verpflichtet ist, also bei Gewährung einer fehlerhaften Sache in jedem Augenblick von neuem gegen seine Vertragspflichten verstößt.

Ist der Mietzins, etwa praenumerando oder bei Unkenntnis des vorhandenen Mangels, für die fragliche Zeit bereits gezahlt, so kann ihn der Mieter in dem entsprechenden Umfange nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern, Mot. S. 376, s. auch II. 9 § 4, 19 § 6 D 19,2.

5. **Verschulden des Vermieters** wird in § 537 nicht erfordert; liegt es vor, so treffen ihn auch die weiteren Folgen des § 538.

6. **Ausnahmen:** Der Mieter hat die Rechte aus § 537 nicht

a) bei **Kenntnis** des Mangels und den ihr nach § 539 gleichgestellten Momenten,

b) im Fall des Unterlassens der Anzeige nach § 545,

c) endlich auch dann nicht, **wenn der Mangel durch schuldhaftes Benehmen des Mieters selbst entstanden ist.** Für diesen Fall bleibt nach § 324 dem Vermieter der Anspruch auf die Gegenleistung selbst dann, wenn ihm seine Leistung dadurch ganz unmöglich geworden, also doch erst recht, wenn nur eine Minderung der Brauchbarkeit eingetreten ist. Ein solches Verschulden kann auch schon (s. freilich dagegen Titze, Unmöglichkeit S. 85) vor Überlassung der Mietsache vorhanden sein, z. B. der Vermieter baut das zu vermietende Haus nach genauen Angaben des Mieters, und es wird gerade infolge dieser Angaben gebrauchsunfähig, ohne daß der Vermieter diesen Erfolg voraussehen konnte.

Nach Aufl. 1 sollte eine „Schuld" des Mieters gegenüber dem Vermieter auch darin gefunden werden können, daß er sich z. B. in der Öffentlichkeit so unliebsam bemerkbar macht — etwa als unmenschlich harter Fabrikaufseher — daß ein aufgeregter Volkshaufen die gemietete Wohnung beschädigt. S. auch Brückner S. 62 Anm. 3.

Dagegen ist mehrfach Widerspruch erhoben (so von Mittelstein S. 105, Titze, Unmöglichkeit S. 85), weil derartiges Verhalten keine Beziehung zum Mietverhältnis habe. Wohl mit Recht. Aber es lassen sich auch anders liegende Fälle denken, z. B. der Mieter provoziert eine aufgeregte Menge durch verletzende Aufschriften oder sonstiges aufreizendes Benehmen vom Miethause aus zum Angriff darauf.

7. § 537 bezieht sich nur auf den Fall der Sachmängel; nicht auf den, daß dem Mieter die Benutzung der Mietsache auf andere Weise — etwa durch unberechtigte (wegen berechtigter s. § 541) Eingriffe dritter oder durch sonstige in ihrer Entstehung von der Mietsache unabhängige Ereignisse, wie polizeiliche Sperrung des Mietortes wegen Aufruhr oder Seuche, entzogen wird. Der Vermieter ist in solchen Fällen, wennschon meist ohne sein Verschulden, außer Stande, die ihm nach § 536 obliegende Pflicht zu erfüllen. Die Rechtsfolgen dieser Erfüllungsunmöglichkeit bestimmen sich mangels besonderer nach den allgemeinen Regeln, insbesondere nach §§ 275, 323. So auch Tumpowsky S. 30 ff., 36 ff., und die in Neumanns Jahrb. II S. 294 5 zitierten. S. auch oben Vorbem. Nr. 4 vor § 535.

8. **Ersatzräume:** Zweifelhaft und interessant ist die Frage, ob der Vermieter durch Stellung von Ersatzräumen an Stelle der mangelhaften oder sonst unbenutzbaren Mieträume die Rechtsfolgen des § 537 — sowie die anderen Gerechtsame des Mieters wegen Nichtgewährung des Gebrauchs — abwenden könne? Schlechthin

dagegen Mittelstein S. 109 unter Berufung auf das Erkenntnis des OLG. Frankfurt bei Seuffert 48 Nr. 88, wo aber die Frage keineswegs ohne weiteres verneint wird, sondern nur dann, wenn das Ersatzlokal nicht sicher geeignet ist, den Vertragszwecken zu genügen. Die Römer dagegen gewährten dem Vermieter in l. 9 pr. D. 19,2 das in Frage stehende Recht, und der Leitgrundsatz des § 242 dürfte auch für das BGB. zum selben Ergebnis führen. Voraussetzung ist natürlich, daß der Mieter den Ersatzraum ohne nennenswerte Belästigung und Erschwerung benutzen kann. So wird der Mieter den ihm an Stelle des vermieteten ersatzweise zugewiesenen Boden-, Keller-, Waschraum in der Regel sich gefallen lassen müssen, ebenso der Hotelgast ein anderes gleichartiges Zimmer, wenn sich das gemietete als unbrauchbar erweist. Dagegen wird der Mieter eines Stockwerkes nicht Ersatzräume für unbrauchbare Wohnräume, Küchen, Klosetts in anderen Stockwerken oder gar in Nebenhäusern zu übernehmen brauchen. Wird aber — wie seinerzeit in Berlin beim Hotel Minerva — dem Mieter (Pächter) eines ganzen Hotelgebäudes durch polizeiliche Verfügung die dauernde Benutzung der Hotelküche untersagt, so wird er das Angebot des Vermieters, eine anderweite Küche auf dem Hotelgrundstück einzurichten, nicht mit Fug ablehnen dürfen.

§ 538.

Ist ein Mangel der im § 537 bezeichneten Art bei dem Abschlusse des Vertrags vorhanden oder entsteht ein solcher Mangel später infolge eines Umstandes, den der Vermieter zu vertreten hat, oder kommt der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug, so kann der Mieter, statt die im § 537 bestimmten Rechte geltend zu machen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Im Falle des Verzugs des Vermieters kann der Mieter den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen.

E. I 506, 514³, E. II 483, RV. 531. — Mot. S. 376—7, 395, Prot. II S. 132.

1. **Allgemeines:** Während der § 537 nur eine Modifikation der Ansprüche des Vermieters ausspricht, wird ihm unter den Voraussetzungen des § 538 darüber hinaus eine **Schadensersatzpflicht** dem Mieter gegenüber auferlegt, und zwar auf das volle positive Erfüllungsinteresse (Beispiele davon bei Arnold S. 56, Mittelstein S. 108 ff.). Dies:

a) wenn die Mängel „der im § 537 bezeichneten Art“, also sowohl Fehler wie Mangel zugesicherter Eigenschaften, schon **beim Vertragsschlusse vorhanden waren.** Der Grund ist wohl der, daß es Pflicht des Vermieters war, seine Sache damals zu kennen oder doch auf ihren Zustand zu untersuchen; man kann auch mit den Motiven S. 377 an eine stillschweigende Garantieübernahme der Tauglichkeit der Mietsache denken.

Mit dem früheren Recht stimmt freilich diese strenge, nicht durch Verschulden bedingte Haftung nur zum Teil überein; sie geht hinaus über das Landrecht I, 21 § 273 und das SächsGB. § 1198, wohl auch das Gemeine Recht (s. l. 19 § 1 D. 19,2, wo die Haftung ausdrücklich auf die nicht zu entschuldigende Unkenntnis vom Zustand der Gefäße gestützt wird, weitergehend allerdings das Erkenntnis bei Seuffert 40 Nr. 286 S. 414), stimmt aber überein mit dem Code Art. 1721.

Es liegt darin auch eine Verschärfung der allgemeinen Haftungsregeln, nach denen die Ersatzpflicht des Vermieters nur bei Verschulden eintreten würde, RG. Bd. 52 Nr. 47 S. 174. Denn der Mangel der Mietsache begründet keineswegs überall nur ein, als anfängliches auch vom unschuldigen Schuldner zu vertretendes, subjektives Unvermögen.

Ob der Mangel ein schon anfangs vorhandener war, kann bisweilen zweifelhaft sein, so in dem vom OLG. Hamburg bei Seuffert 56 Nr. 244 S. 440 entschiedenen Falle: die Mietwohnung wurde beim Vertragsschluß noch von einem früheren Mieter benutzt, und es war fraglich, ob er vor Ablauf seiner Mietzeit ausziehen würde. Mit Recht wurde darin ein ursprüngliches Leistungsunvermögen des Mieters gesehen — das alte Mietverhältnis bestand zurzeit des Vertragsschlusses noch als ein in die Zeit

des neuen hineinerstrecktes, und hätte erst besonders aufgehoben werden müssen, um den Einzug der neuen Mieter Raum zu gewähren. Hier hätte der Vermieter übrigens schon nach den allgemeinen Regeln gehaftet.

b) wenn die Mängel später infolge eines **vom Vermieter zu vertretenden Umstandes** eintreten; welche Umstände dahin gehören — Verschulden, auch der Gehilfen, (etwa des Portiers), Garantieübernahme — ergibt sich aus §§ 276 ff.

c) wenn der Mangel zwar nicht auf diese Weise entstand, der Vermieter aber mit der ihm nach § 536 obliegenden Pflicht zu seiner Beseitigung in **Verzug** kam, dies nach den Regeln von §§ 284 ff.

2. **Den Schadensersatzanspruch** hat in den Fällen zu 1 der Mieter **neben den** ihm natürlich auch hier zustehenden **Gerechtsamen aus § 537**; doch steht beides natürlich nicht im Verhältnis der Kumulation, sondern der Konkurrenz, d. h. der eine Anspruch schließt den andern nach Maßgabe der dadurch erzielten Befriedigung aus; so auch OLG. Kassel bei Seuffert 59 Nr. 153 S. 270.

Das Verhältnis ist wohl nicht das einer Wahlschuld (§§ 262 ff.), sondern eher das einer facultas alternativa mit Gläubigerwahlrecht, s. Mittelstein S. 112 Anm. 6. Nur dann wird man das Wahlrecht durch die Erklärung konsumiert werden lassen, wenn diese bereits die reale Leistung selbst enthält, so, wenn der Mieter durch Berufung auf § 537 ohne weiteres eine Minderung seiner Pflicht hervorruft. Er kann dann nicht mehr auf den Ersatzanspruch zurückgreifen. Wohl aber umgekehrt — die vorgängige Wahl des Ersatzanspruches hindert nicht das Zurückgreifen auf § 537.

Im Falle c) stehen ihm daneben die in Abs. 2 angegebenen Rechte zu; der Anspruch auf Ersatz der durch die Beseitigung der Mängel entstandenen Kosten beruht hier wohl nicht auf dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung, wie in Aufl. 1 angenommen wurde, dagegen Tumpowsky S. 54, weil der Mieter ein diese nach § 677 zurückdrängendes eigenes Recht habe, die Abhilfemaßnahmen vorzunehmen. Übrigens kommen darauf die Regeln der §§ 256—7 zur Anwendung.

3. Möglicherweise bewirkt der Mangel geradezu eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung, wenn und soweit er die Gebrauchsmöglichkeit für einen Teil der Mietsache gänzlich aufhebt. Alsdann kann — schwerlich muß — der Mieter statt der Rechte der §§ 537—8 die allgemeinen der §§ 323 ff. geltend machen. So auch Tumpowsky. Doch gilt das nur für die, die Leistung teilweise unmöglich machenden Mängel zu 1 b, dagegen für die zu 1 a nur dann, wenn es sich bloß um subjektives Unvermögen handelt. Denn § 538 kann unmöglich die Bedeutung haben, die anfänglichen Mängel über sein unmittelbares Anwendungsgebiet hinaus zu vom Vermieter zu vertretenden zu stempeln, und zudem sind die §§ 323 ff. für die Fälle anfänglicher Unmöglichkeit überhaupt nicht anwendbar.

§ 539.

Kennt der Mieter bei dem Abschlusse des Vertrags den Mangel der gemieteten Sache, so stehen ihm die in den §§ 537, 538 bestimmten Rechte nicht zu. Ist dem Mieter ein Mangel der im § 537 Abs. 1 bezeichneten Art infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben oder nimmt er eine mangelhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt, so kann er diese Rechte nur unter den Voraussetzungen geltend machen, unter welchen dem Käufer einer mangelhaften Sache nach den §§ 460, 464 Gewähr zu leisten ist.

E. I 507, E. II 484, RB. 532. — Mot. S. 377, Prot. II S. 133.

1. Der § 539 enthält eine Anzahl von Fällen, in denen eine nach §§ 537—8 begründete Mängelhaftung des Mieters aus besonderen Gründen nicht eintritt:

a) Entsprechend dem GR. (l. 13 § 6 D. 39,2; Seuffert 36 Nr. 115 S. 164, wo das unter den Gesichtspunkt eines „stillschweigenden Verzichtes" gebracht wird), sind die Ansprüche des Mieters aus §§ 437—8 ausgeschlossen bei **Kenntnis des Mieters** zurzeit des Vertragsschlusses. Anders nur bei Mängeln der in § 544 angegebenen

Art. Übrigens macht gegenüber solcher Kenntnis den Vermieter selbst arglistiges Verschweigen nicht haftbar — denn es ist ja in solchem Fall ohne Wirkung geblieben.

b) Eine auf **grobem Verschulden beruhende Unkenntnis des Mieters** wird der Kenntnis nicht absolut gleichgestellt; liegt sie vor, so haftet ihm der Vermieter immerhin noch für zugesicherte Fehlerlosigkeit und sonstige Eigenschaften, aber auch für gewöhnliche Fehler wenigstens im Falle des arglistigen Verschweigens (nach dem in Bezug genommenen § 460).

c) **Vorbehaltlose Annahme.** Die Fälle a—b bezogen sich auf Kenntnis und verschuldete Unkenntnis beim Vertragsschluß. Später erlangtes Wissen schadet nichts, nur liegt dem Mieter jetzt die Anzeigepflicht aus § 545 ob. Nimmt er aber die Sache in wirklicher Kenntnis — verschuldete Unkenntnis ist hier unschädlich — des Mangels an, so haftet ihm der Vermieter fortan (so richtig Tumpowsky S. 108 gegen meine Aufl. 1) nicht einmal mehr wegen arglistigen Verschweigens, der Mieter müßte sich denn seine Rechte bei der Annahme besonders vorbehalten haben.

2. **Auch die Kenntnis schadet dem Mieter in den Fällen nichts,** wo der Vermieter bei ihm Abschluß des Vertrages oder bei der späteren Gebrauchsüberlassung **die Beseitigung des Mangels versprochen hat.** Das ist trotz mangelnder Erwähnung im Gesetze ganz zweifellos anzunehmen, und man wird mit Planck Nr. 1 selbst eine stillschweigende Vereinbarung dieser Art als möglich zugeben.

3. Nur die Ansprüche aus §§ 537—8, **nicht der Erfüllungsanspruch** aus § 536, werden durch die Kenntnis oder schuldhafte Unkenntnis des Mieters ausgeschlossen. Anders aber wohl in den Fällen, wo in dem Wissen des Mieters vom Mangel geradezu eine stillschweigende **Genehmigung** durch ihn liegt; denn hier ist der durch den Mangel ausgeschlossene Gebrauch eben um deswillen nicht mehr als ein vertragsmäßiger anzusehen.

4. Den **Beweis** des Kennens oder der Fahrlässigkeit des Mieters muß der Vermieter führen. Will demgegenüber der Mieter sich aber auf die Arglist des Vermieters, einen besonderen Vorbehalt seinerseits oder ein Versprechen des Vermieters, den Mangel wegzuschaffen, berufen, so trifft ihn selbst dafür die Beweislast.

§ 540.

Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Vermieters zur Vertretung von Mängeln der vermieteten Sache erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Vermieter den Mangel arglistig verschweigt.

E. I 507, E. II 485, RB. 533. — Mot. S. 378, Prot. II S. 133.

Diese Bestimmung entspricht den allgemeinen Prinzipien des BGB., s. § 276 Abs. 2 und den analogen Sätzen der §§ 443 und 476 für den Kauf, 637 für die Werkverdingung.

Im übrigen unterliegen die Vereinbarungen der Parteien über Erweiterung oder Ermäßigung der Haftung keinen Schranken, s. nur noch § 544.

§ 541.

Wird durch das Recht eines dritten dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil entzogen, so finden die Vorschriften der §§ 537, 538, des § 539 Satz 1 und des § 540 entsprechende Anwendung.

E. I 508, E. II 486, RB. 534. — Mot. S. 378—80, Prot. II S. 133—4.

1. **Prinzip der Haftung:** Im Gegensatz zu den §§ 537—40, die von den **faktischen Mängeln** handeln, beschäftigt sich § 541 mit den **rechtlichen.** Daß bei der Miete wegen eines Rechtsmangels der Vermieter nicht, wie grundsätzlich der Käufer, ohne weiteres haften darf, sondern erst, wenn das Recht in einer den Interessen des Mieters abträglichen Weise geltend gemacht wird, ergibt sich aus der materiellen Verschiedenheit

beider Verträge. § 541 ordnet daher, in wesentlicher Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht, eine Haftung wegen der an der Sache vorhandenen Rechte dritter nicht schlechthin, sondern nur, analog wie bei faktischen Mängeln, für den Fall an, daß dadurch dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der Sache ganz oder zum Teil entzogen ist.

2. **Inhalt der Haftung:** Auch dafür, wie für ihre Voraussetzungen, sollen die rechtlichen Mängel den faktischen gleichartig behandelt werden, indem § 541 die vorigen Paragraphen hier für entsprechend anwendbar erklärt. Das bedeutet:

a) wird dem Mieter durch das Recht (etwa Eigentum, Nießbrauch) der Gebrauch der Sache ganz entzogen, so ist er insoweit von der Pflicht zur Zinszahlung vollauf frei; wird er ihm beschränkt, so mindert sich seine Pflicht in entsprechender Weise, wie nach § 537.

b) war das Recht schon beim Vertagsschluß vorhanden, oder entsteht es später durch einen vom Vermieter zu vertretenden Umstand (z. B. er bestellt es selbst; er löst die gepfändete Sache nicht ein, er läßt die etwa mögliche Ersitzung der Sache zu), so haftet dieser auf Schadensersatz nach § 538 Abs. 1. Außerdem kann in diesen Fällen der Mieter nach Abs. 2 das. das hindernde Recht auf Kosten des Vermieters selbst beseitigen, indem er es etwa vom Berechtigten ersteht oder diesen gegen Entgelt zum Verzicht bestimmt, und dem Vermieter den Entgelt in Rechnung stellt. So auch Mittelstein S. 126—7.

Ein zur Zeit des Mietvertrages erst befristet oder auch nur bedingt vorhandenes Recht wird man in Rücksicht der Haftung als schon vorhanden ansehen müssen. Der Grund für die später erfolgende Gebrauchsentziehung war auch hier schon gelegt. Anders freilich Endemann § 168 Anm. 20.

c) Kenntnis des Mieters schließt seine Rechte aus, grob fahrlässige Unkenntnis dagegen nicht, da nur § 539 Satz 1, nicht auch Satz 2 für anwendbar erklärt wird.

Ob auch vorbehaltlose Annahme der mit dem fremden Rechte belasteten Sache den Mangel heile, ergibt sich somit aus dem Gesetze gleichfalls nicht, doch wird darin nach Lage des Falles öfters ein stillschweigender vertragsmäßiger Verzicht auf die Gerechtsame aus § 541 zu finden sein.

§ 542.

Wird dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen, so kann der Mieter ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis kündigen. Die Kündigung ist erst zulässig, wenn der Vermieter eine ihm von dem Mieter bestimmte angemessene Frist hat verstreichen lassen, ohne Abhilfe zu schaffen. Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Erfüllung des Vertrags infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes für den Mieter kein Interesse hat.

Wegen einer unerheblichen Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs ist die Kündigung nur zulässig, wenn sie durch ein besonderes Interesse des Mieters gerechtfertigt wird.

Bestreitet der Vermieter die Zulässigkeit der erfolgten Kündigung, weil er den Gebrauch der Sache rechtzeitig gewährt oder vor dem Ablaufe der Frist die Abhilfe bewirkt habe, so trifft ihn die Beweislast.

E. I 529, E. II 487[1-2], RV. 535. — Mot. S. 418—21, Prot. II S. 229.
Literatur: Mittelstein S. 112ff.

1. **Prinzip — Voraussetzungen**: In den neueren Gesetzgebungen (s. die ausführlichen Angaben in den Mot. S. 419), nach einer vom RG. in Bd. 4 Nr. 49 S. 169 vertretenen Anschauung auch schon im GR., ist dem Mieter, dem wirtschaftlichen Charakter der Miete entsprechend, in weitem Umfange wegen Nichterfüllung der dem Vermieter obliegenden Pflichten ein Rücktrittsrecht zugebilligt worden. Dementsprechend erkennt ihm auch das BGB. ein solches Recht unter viel leichteren Voraussetzungen zu, als er es nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 325 ff. haben würde; z. B. würde nach diesen wegen bloß teilweiser Unbrauchbarkeit oder Entziehung der Mietsache ein Rücktritt im ganzen nur bei besonderem Interesse gerechtfertigt sein.

Das Rücktrittsrecht aus § 542 **setzt voraus**:

a) daß dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch — im Sinne von §§ 535/6 — der Mietsache nicht rechtzeitig gewährt oder nachher wieder entzogen ist. Eine reiche Kasuistik der möglichen Fälle gibt Arnold S. 52.

b) daß der Vermieter eine ihm vom Vermieter gestellte angemessene Frist — s. darüber § 250 und Bem dazu — ungenutzt hat verstreichen lassen. Bei der Fristbestellung muß natürlich der Mangel und das zur Herstellung Verlangte angegeben werden (z. B. Tapezierung der vermieteten Räume; Reparatur des Daches; Beseitigung des beschwerenden Rechtes eines dritten).

Ist die Herstellung überhaupt unmöglich, so wird § 542 meist unanwendbar sein (s. unten Nr. 2), jedenfalls aber bedarf es des hier ganz sinnlosen Umweges der Fristsetzung nicht; darüber hinaus ist sie unnötig:

α) wenn die Vertragserfüllung wegen des anfänglichen Mangels für den Mieter überhaupt kein Interesse mehr hat, Abs 1 Satz 3, z. B. ein Student mietet zu Examenzwecken ein Buch, in dem ein Bogen fehlt; er braucht sich nicht auf eine Nachbestellung des Bogens vom Verleger vertrösten zu lassen;

β) bei Fixgeschäften nach dem natürlich auch hier anwendbaren § 361, s. dazu Mot. S. 420;

γ) nicht dagegen auch wegen der bloßen Unwahrscheinlichkeit, daß dem Mieter der Gebrauch vor dem Fristablauf werde eingeräumt werden, RG. in Ripr. IX S. 4.

c) bei objektiv unerheblichen Beeinträchtigungen ist der Rücktritt nach Abs. 2 im allgemeinen überhaupt unstatthaft. Darunter sind Mängel zu verstehen, die den Gebrauch nur unerheblich beeinträchtigen oder sich nur auf einen nicht erheblichen Teil des gemieteten Gegenstandes beziehen, z. B. von der gemieteten größeren Wohnung ist nur ein Zimmer schlecht oder gar nicht heizbar, oder die nur zum Sommersemester gemietete Wohnung läßt sich während eines ungewöhnlich kalten Maitages nicht ordentlich erwärmen. Dahin gehört auch die Nichtgewährung während einer unerheblichen Zeit, z. B. die Wohnung wird nur einen oder zwei Tage zu spät bereitgestellt, l. 24 § 4 D. 19,2 (nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet).

Schlechthin kann das natürlich alles nicht gelten (s. Mittelstein S. 115). Insbesondere kann nach Abs. 2 auch bei objektiv unerheblichen Hinderungen ein besonderes subjektives Interesse des Mieters die Kündigung rechtfertigen, z. B. in dem vom Studenten gemieteten Buch (oben b α) ist eine einzige Stelle, auf deren Wortlaut es ankam, durch Tintenflecke unleserlich; in dem von einer brustschwachen Person gemieteten Zimmer raucht der Ofen ein wenig.

2. **Weitere Beschränkungen des Rücktrittsrechtes** sind nicht gegeben; insbesondere kommt es (so auch Kipp-Windscheid S. 681) nicht darauf an, ob der Gebrauch dem Mieter von Anfang an nicht gewährt oder erst später wieder entzogen wurde (s. den Anfang des Paragraphen); ob die Entziehung vom Vermieter oder einem dritten ausging, ob die Nichtgewährung auf faktischen oder rechtlichen Mängeln beruht; ob überhaupt ein Mangel vorlag oder nur eine Erfüllungsweigerung des Vermieters. Ebensowenig wird ein Verschulden des letzteren erfordert; wohl aber ist die Bestimmung unanwendbar, wenn die Gebrauchsunmöglichkeit durch Verschulden des Mieters oder doch durch einen in seiner Person liegenden Umstand eintritt (er beschädigt die Wohnung; wird als Ausländer ausgewiesen; muß eine Freiheitsstrafe verbüßen). Das entspricht sowohl allgemeinen Grundsätzen als auch dem Wortlaut des Paragraphen — von einer Nichtgewährung oder Entziehung ist in solchen Fällen keine Rede. Auch aus § 552 ergibt sich, daß alsdann der Mieter nicht zurücktreten könne. So auch Landrecht I, 21 § 383 und besonders Entw. I § 529 Abs. 1: „ohne einen vom Mieter zu vertretenden Umstand". Unanwendbar ist m. E. der Rücktritt aus § 542 auch bei Untergang der Sache oder sonstiger wirklicher

Unmöglichkeit der Gebrauchsgewährung (anders hier Kipp). Denn § 542 unterstellt — s. Abs. 1 Satz 2 — ein bloß tatsächliches Unterbleiben der (möglichen) Gebrauchsgewährung und konnte sich auch darauf beschränken, da die Fälle der wahren Leistungsunmöglichkeit bereits durch die allgemeinen Regeln genügend geordnet waren.

3. Natürlich können **neben** dem Rücktrittsrecht in den geeigneten Fällen **die §§ 537—8 anwendbar werden** — jener wenigstens wegen der Vergangenheit —, und auch wenn nach dem unter 1 Gesagten § 542 keine Anwendung findet, kann der Mieter wegen der mangelhaften Gewährung Minderung des Mietzinses verlangen. Steht aber dem Mieter auch Schadensersatz dafür zu, daß ihm durch Ausübung des Kündigungsrechtes aus § 542 weiterer Schaden erwächst, z. B. die Notwendigkeit, eine teurere anderweite Wohnung zu nehmen? Wohl mit Recht wird die Frage von Kober-Staudinger Nr. 1, 4 verneint, gegen Dernburg § 218, V. Denn die Kündigung vertritt hier offenbar das allgemeine Rücktrittsrecht; seine Besonderheiten ihm gegenüber erklären sich aus dem Wesen der Miete als eines Dauerverhältnisses. Abgesehen von ihrer nur ex nunc eintretenden Wirkung steht die Kündigung aus § 542 dem Rücktritt gleich. Wie dieser, erscheint sie mit der Geltendmachung eines Ersatzanspruches innerhalb ihres Wirkungsbereiches in innerem Widerspruch, s. Bem zu §§ 325—6. Wer den Vertrag aufgelöst wissen will, kann auch nicht Herstellung der Lage erheischen, auf die er nur auf Grund des bestehenden Vertragsverhältnisses Anspruch haben würde.

4. Über den **Beweis** bestimmt besonders Abs. 3; danach trifft den Vermieter die Beweislast wegen der rechtzeitigen Gewährung. Zuvor aber wird der Mieter die vollzogene Kündigung, ferner die Stellung und den Ablauf der Frist beweisen müssen, ebenso das besondere Interesse, aus dem er auch ohne Fristbestimmung das Kündigungsrecht ausüben will, sowie die Klausel des § 361, endlich auch die nach anfänglicher Einräumung wieder erfolgte Gebrauchsentziehung. Zweifelhaft ist die Beweislast, wenn die Erheblichkeit der Gebrauchshinderung streitig ist. Aufl. 1 legte dafür dem Mieter den Beweis auf, während Mittelstein den Vermieter für die Unerheblichkeit beweispflichtig sein läßt. Dem trete ich jetzt bei Denn das Gesetz behandelt sie in Abs. 2 offenbar als etwas besonderes, das den übrigens zulässigen Rücktritt erst ausschließt.

5. S. auch § 255 ZPO. (Bestimmung der Abhilfefrist im Urteil).

§ 543.

Auf das dem Mieter nach § 542 zustehende Kündigungsrecht finden die Vorschriften der §§ 539 bis 541 sowie die für die Wandelung bei dem Kaufe geltenden Vorschriften der §§ 469 bis 471 entsprechende Anwendung.

Ist der Mietzins für eine spätere Zeit im voraus entrichtet, so hat ihn der Vermieter nach Maßgabe des § 347 oder, wenn die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt, den er nicht zu vertreten hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten.

E. I 530, E. II 487¹, 497², RB. 536 (f. 548). — Mot. S. 421, Prot. II S. 229—30.

1. **Zu Absatz 1** (s. auch Goldmann-Lilienthal S. 555): Aus den in Abs. 1 in Bezug genommenen Paragraphen ergibt sich, daß das Kündigungsrecht des Mieters durch Kennen oder Kennenmüssen, sowie durch vorbehaltlose Annahme der Sache in derselben Weise beeinflußt wird, wie sein Minderungs- und Schadensersatzrecht (§ 539). Ferner kann das Rücktrittsrecht vertragsmäßig ausgeschlossen werden, das wirkt aber nicht gegenüber einem arglistigen Verschweigen des Vermieters (§ 540). Die Verweisung auf § 541 bedeutet, daß das Kündigungsrecht, wenn auf der Gerechtsame eines dritten an der Mietsache beruhend, nur durch positive Kenntnis des Mieters davon ausgeschlossen werde (s. Bem. 2c zu § 541).

Bei Vermietung mehrerer Sachen kann der Rücktritt im allgemeinen nur erklärt werden wegen der Sache, deren Gebrauch dem Mieter nicht vertragsmäßig gewährt

worden ist, jedoch kann jeder Teil die Erstreckung des Rücktritts auf die nicht ohne Nachteil für ihn davon zu trennenden anderen Sachen fordern (§ 469). Wegen eines Mangels der Hauptsache erstreckt sich der Rücktritt auch auf die Nebensache, aber nicht umgekehrt (§ 470) Wo nach dem eben Gesagten der Rücktritt nicht den ganzen Vertrag ergreift, ist der Mietzins verhältnismäßig herabzusetzen (§ 471).

2. **Zu Absatz 2:** War der Mietzins zur Zeit des Rücktrittes bereits ganz oder teilweise vorausbezahlt, so stellt er sich nunmehr als eine ohne Rechtsgrund gemachte Leistung heraus. Er kann demnach zurückgefordert werden gemäß den, hier zum Überfluß noch besonders in Bezug genommenen, Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung. Erfolgt der Rücktritt wegen eines vom Vermieter zu vertretenden (s. darüber § 538) Umstandes, so kommt die schärfere Haftung des § 347 zur Anwendung; der Vermieter haftet also, wie nach eingetretener Rechtshängigkeit beim Eigentumsanspruch, muß den Mietzins verzinsen usw.

§ 544.

Ist eine Wohnung oder ein anderer zum Aufenthalte von Menschen bestimmter Raum so beschaffen, daß die Benutzung mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist, so kann der Mieter das Mietverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, auch wenn er die gefahrbringende Beschaffenheit bei dem Abschlusse des Vertrags gekannt oder auf die Geltendmachung der ihm wegen dieser Beschaffenheit zustehenden Rechte verzichtet hat.

E. II 488, RV. 537. — Prot. II S. 230—2, Reichst.-Komm.-Ber. S. 41

Literatur: Schultzenstein, DJZ. 99 430ff., Schäfer, Bl. f. RA. 67 357ff.

1. **Prinzip:** § 544 ist eine der mancherlei sozialen Schutzbestimmungen, die der zweite Entwurf in das neue Recht hineingebracht hat; ihm kommt angesichts der chronischen Wohnungsnot der unbemittelten Volksklassen eine erhebliche Bedeutung zu, s. Prot. II S. 232.

Und zwar handelt es sich dabei weniger um den gleichfalls häufigen Mietwucher, die Ausbeutung des Mieters durch ein grobes Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung — dieser wird ja bereits durch § 138 getroffen. Sondern der Satz bezieht sich auf die anderen und wohl noch häufigeren Fälle, in denen die Mieträume objektiv, wenn schon vielleicht ohne Verschulden des Vermieters und ohne daß dafür ein ungebührlich hoher Mietzins vereinbart wäre, einen gesundheitsgefährdenden Zustand aufweisen. Alsdann steht dem Mieter gemäß § 544 ein sofortiges Kündigungsrecht zu, das über das aus § 542 mehrfach hinausgeht.

2. **Voraussetzungen:** Der § 544 kommt nur zur Anwendung, wenn

a) **eine Wohnung oder ein sonst zum Aufenthalte von Menschen bestimmter Raum** - dies eine Neuerung der Reichstagskommission, s. Bericht S. 41 — die im Texte bezeichnete Beschaffenheit hat. Dahin gehören etwa Kontor-, Fabrik- und Bureauräume, Läden, Werkstätten, aber auch Küchen, Spülräume in Hotels usw Keller- und Bodenräume dagegen, soweit sie bestimmungsgemäß nur auf kürzere Zeit betreten werden (zum Aufhängen von Wäsche, Heranholen des Heizmaterials), dienen nicht zum „Aufenthalt" von Menschen, da nur ein momentanes Betreten einen solchen nicht darstellt. Auch Ställe, in denen Vieh, nicht aber Menschen sich dauernd aufhalten, fallen nicht unter § 544.

Wenn nicht die ganze Mietwohnung die kritische Beschaffenheit aufweist, sondern nur einzelne Räume darin, so erreicht damit das Mietverhältnis nur dann sein Ende, wenn dadurch indirekt die Wohnung in ihrer Totalität einen gesundheitsgefährdenden Charakter annimmt. Das wird bei einer verhältnismäßig untergeordneten Bedeutung der unbewohnbaren Räume in der Regel nicht der Fall sein, so zutreffend OLG. Karlsruhe in Rspr. 11 S. 380. Auch ist es bedenklich, in solchen Fällen die Kündigung wenigstens wegen der unbewohnbaren Räume zuzulassen, da das Mietverhältnis in der Regel unteilbar erscheint. Vielmehr bleibt für solche Fälle nur die Anwendung der §§ 537 ff., insbesondere des § 542 (so auch das zitierte Erkenntnis).

b) die Benutzung muß eine **„erhebliche Gefährdung der Gesundheit"** mit sich bringen. Nur eine Gefährdung wird erfordert, nicht ein bereits eingetretener Nachteil. Andererseits kann die Gefahr eines bloßen leichten Schnupfens oder Katarrhs nicht genügen, ebensowenig die ganz entfernte bloße Möglichkeit einer ernsteren Erkrankung. Weiter geht Kuhlenbeck, v. d. Pand. z. BGB. II S. 300.

Nicht erfordert wird, daß die Gesundheit des Mieters selbst, es genügt vielmehr, daß die seiner Angehörigen oder Angestellten gefährdet werde.

Die Art und Weise der Gesundheitsgefährdung ist gleichgültig; sowohl die Gefahr chronischer wie die akuter Erkrankungen gehört dahin. Auch üble Gerüche können, schon wegen des dadurch hervorgerufenen Übelbefindens und Appetitlosigkeit, die Anwendung des § 544 begründen. OLG. Bamberg bei Seuffert 60 Nr. 5 S. 10 hat das nur, zutreffend, für den Fall geleugnet, daß die Gerüche sich auf einen kleinen Teil der Wohnung beschränken.

Ist der Mangel ein „vorübergehender, leicht und in verhältnismäßig kurzer Zeit zu beseitigender", so wird er in der Regel mit dem RG. 51 Nr. 50 S. 211 nicht als gesundheitsgefährdend zu erachten sein, aber keineswegs unter allen Umständen: denn neben der Dauer ist auch auf die Intensität der Gefährdung Rücksicht zu nehmen.

Ob es bei der Beurteilung der Gefährdung auf die subjektiven Verhältnisse des Mieters ankomme, ist bestritten; dafür Fuld S. 74—5; dagegen Planck Nr. 2; Dernburg § 216, I, b; Kober-Staudinger Nr. III, 2d; Mittelstein S. 122; Tumpowsky S. 89; auch OLG. Jena in Rspr. VII S. 17. Ihnen ist im Gegensatz zu meiner Aufl. 1 beizutreten. Allerdings kann „nicht die Gesundheit in abstracto gefährdet werden, sondern nur die einer bestimmten Person". Aber das hindert nicht, daß eine Wohnung die allgemeine Eigenschaft besitzen kann, die Gesundheit jedes einzelnen ihrer Bewohner zu gefährden. Und auf diese allgemeine Beschaffenheit der Wohnung stellt das Gesetz ab, nicht auf die besondere Beschaffenheit der jeweiligen Mieter. Es unterstellt deutlich — s. den Schluß — eine regelmäßig beim Vertragsschluß schon vorhandene, also nicht erst durch die eigentümlichen Verhältnisse des Mieters begründete „gefahrbringende Beschaffenheit" Die gegenteilige Auffassung würde auch den Vermieter, der die besonderen Verhältnisse des Mieters oder seiner Angehörigen meist nicht von vornherein zu übersehen vermag, unbillig beschweren. Die Richtigkeit dieser Auffassung tritt besonders hervor, wenn der Mieter den Raum zum Aufenthalt eines Angestellten von abnorm reizbarem Zustand bestimmt; es kann nicht geduldet werden, daß er dem Vermieter die Folgen davon aufbürdet, zumal wenn der Angestellte erst nach Beginn des Mietsverhältnisses aufgenommen ist.

3. Liegen die Voraussetzungen der Nr. 1 vor, so kann der Mieter das Verhältnis **durch Kündigung jederzeit auflösen**, ohne daß noch eine Frist, etwa im Sinne des § 542 zwecks Ausbesserung des Mangels, abzuwarten wäre. Dies auch

a) trotz Kenntnis des Mangels;

b) trotz Verzichtes auf den Schutz des § 544.

Dieser ist eben seinem Zwecke entsprechend als zwingendes Gesetz gestaltet.

Auch eine vorgängige Mängelanzeige vor Vornahme der Kündigung erscheint nach dem Texte überflüssig (s. dazu die Angaben aus der Praxis bei Warneyer, BGB. § 544 Nr. 1).

4. Der § 544 ist der Absicht des Gesetzgebers nach auch dazu bestimmt, **polizeilichen Verfügungen** auf Räumung gesundheitsgefährlicher Wohnungen als Stütze zu dienen.

Ob er freilich für diesen Zweck anwendbar oder doch erforderlich sei, ist nach den Ausführungen von Schultzenstein aaO. zweifelhaft, mindestens für Preußen (s. hier den wohl noch geltenden § 10, II, 17 Allgemeinen Landrechts).

5. Neben dem Kündigungsrecht aus § 544 steht dem geschädigten Mieter möglicherweise ein Ersatzanspruch zu, wofern nämlich die dafür in § 538 angegebenen Voraussetzungen erfüllt sind, Tumpowsky S. 90; ebenso die sonstigen „Mängelrechte". Sie sind aber im Gegensatz zum Kündigungsrechte auch in den unter § 544 gehörigen Fällen verzichtbar.

6. Zweifelhaft und wohl abzulehnen ist die Zulässigkeit der Kündigung aus § 544 andererseits dann, wenn

a) der Mieter den gesundheitsgefährlichen Zustand der Wohnung selbst verschuldet hat, z. B. infolge Unsauberkeit, andauernden Offenlassens der Fenster in der schlechten Jahreszeit haben sich schädliche Schimmel- oder Schwammbildungen entwickelt;

b) oder der Mangel durch Verletzung der dem Mieter nach § 545 obliegenden Anzeigepflicht entstanden ist.

In solchen Fällen trotzdem dem Mieter die Kündigung zu gestatten (so teilweise Fuld S. 76 und meine Aufl. 1 zu § 545 Nr. 3b a. E. gegen Mittelstein S. 123—4 und Schäfer S. 261), erscheint unbillig und innerlich unbegründet; es würde auch zu der alsdann den Mieter treffenden Ersatzpflicht nicht passen, kraft deren er doch auch den aus der etwa möglichen Auflösung des Mietverhältnisses dem Vermieter entstehenden Schaden ersetzen, also dieses nach § 249 an erster Stelle wiederherstellen müßte! Wie hier auch RG. 51 Nr. 50 S. 211; OLG Hamburg in Rspr. II S. 382.

§ 545.

Zeigt sich im Laufe der Miete ein Mangel der gemieteten Sache oder wird eine Vorkehrung zum Schutze der Sache gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr erforderlich, so hat der Mieter dem Vermieter unverzüglich Anzeige zu machen. Das Gleiche gilt, wenn sich ein dritter ein Recht an der Sache anmaßt.

Unterläßt der Mieter die Anzeige, so ist er zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet; er ist, soweit der Vermieter infolge der Unterlassung der Anzeige Abhilfe zu schaffen außer Stande war, nicht berechtigt, die im § 537 bestimmten Rechte geltend zu machen oder nach § 542 Abs. 1 Satz 3 ohne Bestimmung einer Frist zu kündigen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

E. I 519, E. II 489, RV. 538. — Mot. S. 400—1, Prot. II S. 187, VI S. 184, 186.

1 **Prinzip, Voraussetzungen:** Die in § 545 vorgesehene Anzeigepflicht des Mieters ergibt sich eigentlich schon aus dem maßgebenden Prinzip von Treu und Glauben, ist aber noch besonders eingeschärft.

Die Anzeige muß erfolgen

a) wenn sich während der Mietsdauer ein **Mangel** an der Mietsache zeigt. Gemeint sind damit nicht nur die nach §§ 537—8 erheblichen Fehler und fehlenden zugesicherten Eigenschaften, sondern alle Mängel der Mietsache, mögen sie den Gebrauch beeinträchtigen oder nicht (z. B. die Decke des gemieteten Zimmers zeigt einen Riß). Denn der Grund der Anzeigepflicht ist doch der, dem Vermieter zu ermöglichen, durch Beseitigung des Mangels schlimmerem vorzubeugen; das trifft aber nicht nur bei den Mängeln im Sinne von § 537 zu. Erst recht gilt die Anzeigepflicht bei solchen Mängeln, die dem Mieter möglicherweise sogar nach § 544 die Kündigung gestatten würden, z. B. Hausschwamm, s. Seuffert 36 Nr. 27 S. 36.

Anzuzeigen sind auch die Mängel solcher Sachen, die nicht Sonderobjekte des einzelnen Mietverhältnisses, sondern zum gemeinsamen Mitgebrauch mehrerer Mieter bestimmt sind, wie Treppen, Korridore, Waschküchen. Selbst der Umstand, daß der Vermieter jederzeit diese Lokalitäten betreten und besichtigen kann, schließt die Anzeigepflicht nicht aus, RG. ZS. III vom 15. XI. 1904, Bd. 59 Nr. 48 S. 162

b) wenn eine **Vorkehrung** zum Schutze gegen eine unvorhergesehene Gefahr **erforderlich wird**, z. B. Einrichtung stärkerer Schlösser, Türen usw. gegen eine den Ort unsicher machende Einbrecherbande; Verdichtung des Daches gegen das durchsickernde Regen- oder Schneewasser (auch dann, wenn das Dach nicht geradezu schadhaft, sondern nur zu leicht gebaut ist, um normalen Witterungsverhältnissen zu widerstehen); gefährdende Maßnahmen auf einem Nachbargrundstück. — Bei gemieteten Tieren würden dahin etwa Maßnahmen gegen eine plötzlich entstandene Seuchengefahr gehören.

c) wenn **ein dritter sich ein Recht an der Sache anmaßt** Auch hier ist es, wie zu a, einerlei, ob das Recht den Gebrauch des Mieters stören würde oder nicht; nicht sein, sondern des Vermieters Interesse steht ja auf dem Spiel, und dasselbe ist von jener Frage unabhängig.

2. Die **Anzeige** selbst ist eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung; sie ist zwar nicht als eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung im Sinne des § 130 aufzufassen, dürfte aber ebenso, wie so viele andere Erklärungen tatsächlicher Art, einer entsprechenden Anwendbarkeit der §§ 130ff. unterliegen.

Sie muß erfolgen **unverzüglich**, d. h. ohne schuldhaftes Zögern im Sinne von § 121. Und zwar darf der Mieter nicht nur von der Entdeckung, sondern schon von dem „sich Zeigen" des Mangels usw. ab mit der Mitteilung nicht schuldhaft zögern. Es wird also unter Umständen auch eine fahrlässige Unkenntnis von dem offenbaren und bei entsprechendem Aufpassen sofort zu entdeckenden Mangel einen Verstoß gegen § 545 begründen können, z. B. der Mieter läßt das Haus monatelang unbewohnt und ohne Aufsicht; während dieser Zeit setzt sich dort der Hausschwamm fest, oder durch das schadhaft gewordene Dach dringt fortgesetzt Feuchtigkeit ein.

3. **Wirkungen der Pflichtversäumnis**: Verstößt der Mieter gegen die ihm nach dem Gesagten obliegende Pflicht, so hat das zwei Wirkungen:

a) er ist zum Schadensersatz (im Sinne von §§ 249ff.) verpflichtet; eine interessante Anwendung davon geben die Mot. S. 401.

b) er kann nicht die ihm andernfalls zustehenden Rechte auf Minderung oder Einbehaltung des Zinses, auf fristlose Kündigung aus §§ 542 oder 543 (s. Bem. 6 dazu) und auf Schadensersatz gegen den Vermieter geltend machen; dies aber nur, soweit der Vermieter gerade wegen der unterlassenen Anzeige keine Abhilfe schaffen konnte. Wäre diese auch trotz Anzeige nicht möglich gewesen, z. B. wenn das Haus infolge von Bergbau einsinkt, so entfällt diese Wirkung.

4. **Ausnahme**: Natürlich braucht der Mieter die Anzeige nicht zu machen, wenn der Vermieter den Mangel, die Gefahr oder die Prätension des Rechtes kennt oder nur infolge grober Nachlässigkeit nicht kennt. So besonders Dresdener Entwurf Art. 564. Für das BGB ergibt sich das wegen der Wirkungen zu 3a schon aus dem Gesichtspunkt der Kulpakompensation, § 254 (s. Mot. S. 401), aber auch wegen derer zu b wird man nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242) das Gleiche anzunehmen haben. So auch Fr. Klein, Rechtsformen der Gebrauchsleihe S. 8.

5. **Beweis**: Der Vermieter muß beweisen, daß der Mangel dem Mieter bekannt oder erkennbar war; der Mieter hat demgegenüber die rechtzeitige Absendung der Anzeige oder das gleichzeitige Wissen des Vermieters darzutun.

6. Eine entsprechende Bestimmung für den Nießbrauch gibt § 1042.

§ 546.

Die auf der vermieteten Sache ruhenden Lasten hat der Vermieter zu tragen.

E. I 515, E. II 490, RV. 539. — Mot. S. 395, Prot. II S. 178.

1. Die Bestimmung des § 546 entspricht dem bisher fast überall geltenden Recht, s. l. 32 § 6 D. 26,7, l. un. § 3 D. 43,10; Landrecht I, 21, § 388, SächsGB. §§ 1199, 1201. Dahin gehören vorzüglich öffentliche Lasten, Grund- und Gebäudesteuern sowie Kanalisationsabgaben und Wasserleitungsgebühren. Wegen der Einquartierungslasten (s. Fuld S. 83) ist zu verweisen auf das Reichsgesetz über die Kriegsleistungen vom 13. VI. 1873, über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden vom 13. II. 1875 nebst den Abänderungen vom 21. VI. 1887 und vom 24. V. 1898. Danach ist die Verteilung dieser Last Gemeindesache; von den Gemeinden wird sie vielfach den Hauseigentümern auferlegt, nicht selten aber auch allen Gemeindeangehörigen, also auch den Mietern, nach Maßgabe der Steuerleistung, s. näheres bei Brückner S. 60ff. Zu den „Lasten" gehört vielfach auch die Pflicht, bei Glatteis vor dem Hause zu streuen, den Bürgersteig zu reinigen, Fuld S. 84. Doch ist das mit Mittelstein S. 128 als nicht überall geltend zu erachten. Bei einheitlich vermieteten Häusern ist die Pflicht — ähnlich wie die Beleuchtungspflicht — als mindestens im Zweifel vom Mieter übernommen zu erachten. Und auch sonst würden die Ortsüblichkeit und die etwa einschlägigen Polizeiverordnungen möglicherweise zu einer gegenteiligen Behandlung hinführen.

Aber auch die Privatlasten fallen unter § 546: Hypotheken- und Grundschuldzinsen, Reallasten usw.

2. **Durch Vertrag** kann natürlich zwischen den Parteien eine **anderweite Verteilung** der Lasten vollzogen werden; der Obrigkeit gegenüber bleibt aber trotzdem der Vermieter verpflichtet. Zwar macht sich der Vermieter im allgemeinen straf- und ersatzfrei, wenn er die zuletzt erwähnten öffentlichen Lasten durch eine zuverlässige Person, also gegebenenfalls den Mieter, ausführen läßt: dies jedoch nicht, weil die Pflicht alsdann auf diesen überginge, sondern weil der Vermieter damit der Pflicht ausreichend nachgekommen ist.

§ 547.

Der Vermieter ist verpflichtet, dem Mieter die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen zu ersetzen. Der Mieter eines Tieres hat jedoch die Fütterungskosten zu tragen.

Die Verpflichtung des Vermieters zum Ersatze sonstiger Verwendungen bestimmt sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Mieter ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wegzunehmen.

E. I 513—4², E. II 491, RV. 540. — Mot. S. 393—5, Prot. II S. 174—6.

1. **Absatz 1:** Daß der Vermieter die vom Mieter gemachten Aufwendungen unter Umständen zu ersetzen habe, ist als der Natur der Sache entsprechend in allen Rechten anerkannt. Die Begünstigung der notwendigen Aufwendungen insbesondere, für die nach Abs. 1 schlechthin Ersatz zu leisten ist, entspricht dem Vorbild des GR., s. l. 55 § 1 D. h. t., während das Landrecht (I, 21, § 287) darüber nichts besonderes bestimmte. Sie rechtfertigt sich dadurch, daß die notwendigen Verwendungen schlechthin in dem Interesse des Vermieters liegen, der ohne sie vielleicht nicht nur der Sache, sondern auch der Rechte aus dem Mietvertrag verlustig gehen würde.

Gemeint sind dabei nicht nur die außerordentlichen, sondern auch die regelmäßigen (sog. Einkommens-) Verwendungen; sie sind bestimmungsgemäß von dem zu machen, der die Nutzungen der Sache hat, und das ist hier, anders als bei der Pacht, der Vermieter. Nur bei Tieren ist durch S. 2 eine sachgemäße Ausnahme gemacht; bei ihnen gehören die Fütterungskosten zum Äquivalent des Gebrauches, sind also vom Mieter zu tragen. Auf Kurkosten eines erkrankten Tieres darf das füglich nicht erstreckt werden, wohl aber auf die bei anderen Sachen etwa mit dem Gebrauch verbundenen Unkosten.

Ein besonderer Geschäftsführungswille ist für den Ersatz der notwendigen Aufwendungen nicht erforderlich.

2. **Absatz 2:** Wegen des Ersatzes der anderen Verwendungen außer den notwendigen verweist Abs. 2 — wie beim Kauf § 450 Abs. 2 — auf die Bestimmungen über die Geschäftsführung, §§ 677 ff., namentlich 683. Danach ist der Anspruch davon abhängig, ob die Aufwendung dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Vermieters entsprach. Darüber hinaus haftet derselbe nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 684); die den andern Rechten fremde Bestimmung des Landrechts (I, 21, §§ 281 ff.), wonach nur die genehmigten Verwendungen zu ersetzen sind, hat das BGB. nicht aufgenommen, s. Mot. S. 394.

Besteht die Verwendung speziell in einer mit der Mietsache verbundenen **Einrichtung** (z. B. Pavillon, Gartenhaus, bunte Scheiben), so steht dem Mieter deretwegen **das Wegnahmerecht schlechthin** zu, einerlei ob er auch Ersatzansprüche dafür haben würde oder nicht. Daß er dieses Recht nicht neben dem Ersatzanspruch ausüben kann, sondern nur nach Wahl statt desselben, ist selbstverständlich.

3. **Ausnahmen:** Soweit der Mieter auf sein Ersatzrecht verzichtet oder gar vertragsmäßig sich zur Vornahme der Verwendungen verpflichtet hat, steht ihm kein Ersatzanspruch zu.

Dagegen tut es dem Wegnahmerecht keinen Abbruch, wenn die wegzunehmende Einrichtung — was wegen § 95 allerdings nur ausnahmsweise zutreffen wird — Bestandteil der Mietsache und damit Eigentum des Vermieters (oder auch eines Dritteigentümers) geworden ist. Hier gestaltet sich das Wegnahme- zugleich zum

Aneignungsrecht, da es ohne dieses keinen Sinn hätte. S. OLG. Hamburg in HansGZ. 26 Beil. 15.

4. **Geltendmachung der Ersatzansprüche**: Sie kann sowohl in der Defensive erfolgen, in Form einer Einrede gegen die Klage auf den Mietzins oder die Herausgabe der Sache — dies gemäß den Regeln der §§ 273 ff. —, als auch im Wege selbständiger Klage. Diese ist insbesondere auch zur Ausübung des Wegnahmerechtes statthaft, gemäß § 558 Abs. 1, anders als das römische ius tollendi gegenüber der Vindikation.

Natürlich kann der Mieter dabei nur auf Gestattung der Wegnahme klagen, nicht darauf, daß der Vermieter die Einrichtung seinerseits abtrenne und herausgebe.

Für die Gestaltung des Erstattungsanspruches kommen noch in Betracht die Sätze der §§ 256—7, für das Wegnahmerecht § 258.

5. **Die Verjährung** der Ansprüche regelt sich nach § 558.

6. **Ähnliche Bestimmungen** finden sich bei der Leihe, § 601, sowie beim Pfand, § 1216. Auf die Pacht ist § 547 sogar selbst „entsprechend" anzuwenden, § 581; jedoch sind hier die Einkommensverwendungen sinngemäß nicht zu ersetzen, da sie ein Passivum der dem Pächter gebührenden Nutzungen bilden.

§ 548.

Veränderungen oder Verschlechterungen der gemieteten Sache, die durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt werden, hat der Mieter nicht zu vertreten.

E. I 520, E. II 492, RV. 541. — Mot. S. 401—2, Prot. II S. 188—9.

1. a) Der Mieter muß nach Beendigung des Verhältnisses nach § 556 dem Vermieter **die Mietsache zurückgeben.** Wie aber, wenn dieselbe nicht oder doch nicht in unversehrtem Zustande herausgegeben werden kann? Dafür haftet der Mieter nicht schlechthin, sondern nur, wenn er den schädigenden Umstand zu vertreten hatte. Hier setzt nun § 548 ein, indem er **die durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführten Verschlechterungen vom Mieter nicht vertreten werden läßt.** Das entspricht dem Sinn des Vertrages; denn wenn dem Mieter der Gebrauch der Sache gewährt wird, können ihm die Folgen seiner Ausübung nicht wohl zur Last geschrieben werden (daher entsprechende Bestimmung auch bei der Leihe, § 602).

Es gehören dahin z. B. die Abnutzungen an Tapeten, Fußböden, Türen und Öfen, Verwitterung des Hauses, kurz alles, was man als „Verwohnen" bezeichnet.

b) Wohl aber muß der Mieter **für solche Verschlechterungen aufkommen,** die nicht durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt wurden, sondern durch einen nicht gestatteten oder gar direkt vertragswidrigen Gebrauch, z. B. der Mieter verwendet das zu Wohnzwecken gemietete Haus als Fabriklokal, als Restauration, als Laboratorium, und es entstehen dadurch größere Abnutzungen; er veranstaltet in der Küche vertragswidrig „große Wäsche". S. auch Anm. zu § 550. Maßgebend ist also wesentlich ein objektiver Standpunkt; die Schuldlosigkeit befreit den Mieter nicht, wenn der Gebrauch, ohne daß er es wußte, sich als objektiv vertragswidrig herausstellte. Das folgt aus § 548 a contrario. Das GR. stellte dagegen bei der Frage der Ersatzpflicht einzig und allein auf das Verschulden des Mieters ab, s. Windscheid II § 420 No. 20—1.

Von Verschlechterungen, die überhaupt nicht durch den Gebrauch, sondern aus anderen Gründen entstanden (Brandunglück, Hereinregnen), redet § 548 überhaupt nicht; die Frage nach der Haftung ihretwegen regelt sich nach den allgemeinen Grundsätzen, s. §§ 276 ff., 823 ff. (Verschulden, Garantieübernahme).

Zweifelhaft ist, ob unter § 548 die Fälle gehören, wenn der Mieter an einer ansteckenden Krankheit litt und vielleicht verstarb, und infolgedessen die Wohnung neu tapeziert, desinfiziert werden muß oder gar zeitweise unbewohnbar wird. Die Frage ist besonders bei Hotelgästen praktisch geworden, infolge deren ansteckender Krankheiten Betten und Wäsche unbenutzbar geworden sind. Die Verschlechterung scheint hier streng genommen nicht durch den vertragsmäßigen Gebrauch, sondern nur gelegentlich desselben durch die Krankheit herbeigeführt zu sein. Aber durch diese doch nur insofern, als der Kranke die Mieträume im Krankheitszustand weiter gebraucht hat. Daraus ergibt sich eine, sei es direkte, sei es wenigstens entsprechende Anwendung des

§ 548. Anders nur dann, wenn der Weitergebrauch derselben nicht als „vertragsmäßig" anzusehen ist. Das trifft insbesondere dann zu, wenn der Mieter von der ohne besondere Gefahr und Belästigung möglichen und nach Lage des Falles gebotenen Aufnahme in ein Krankenhaus keinen Gebrauch gemacht hat, aber auch wohl, wenn er unter Verschweigung seiner Krankheit erst in die Wohnung eingezogen ist. Denn zu Wohnzwecken und nicht als Lazarett werden Häuser und Zimmer im Zweifel vermietet. Davon abgesehen ist, auch wenn man § 548 auf den hier besprochenen Fall nicht für anwendbar erachtet, eine Haftung des Mieters (Hotelgastes) oder seiner Angehörigen nicht begründet. Weder auf Grund eines „stillschweigenden Vertrages" (so Liebmann DJZ. 03 26), der hier ohne reine Fiktion nicht unterstellt werden kann, noch unter Berufung auf § 242, der mit genau demselben Recht auch gegen die Haftung ins Feld geführt werden könnte, noch auf Grund der dem Mieter nach § 555 obliegenden Rückgabepflicht (so Fuld S. 138, Kober-Staudinger zu § 548 Nr. 4, § 555 Nr. I, 1 a. E., falls der Mieter (Gast) an einer ansteckenden Krankheit gelitten habe, während der Tod in der Mietwohnung als solcher nach Kober-Staudinger keine Haftung der Erben begründet). Denn § 555 redet nur von der noch möglichen Rückgabe, schweigt aber von den Folgen einer etwa vorhandenen Unmöglichkeit, die Mietsache überhaupt oder unversehrt zurückzugeben. Diese bestimmen sich somit nach allgemeinen Regeln, also besonders nach § 275, eine Haftung für Zufall findet somit nicht statt. Daß das bei der Miete nicht anders ist, wird zum Überfluß durch § 548 bestätigt. Nur dann wird — abgesehen von den oben schon festgestellten Ausnahmefällen — anders zu entscheiden sein, wenn der Mieter sich die Krankheit nachweislich durch eigenes Verschulden zugezogen hat sowie bei Selbstmord. Denn alsdann hat er mit der Krankheit, dem Tode indirekt auch die daraus hervorgehende Beschädigung der Mietsachen verschuldet.

Gegen eine weitergehende Haftung auch Arnold S. 78 sowie die ganz überwiegende ältere wie neuere Praxis, so OLG. Hamburg bei Seuffert 38 Nr. 298 S. 405 und RG. daselbst 58 Nr. 231 S. 438.

Ob und inwieweit der Mieter für andere Personen haftet, bestimmt sich nach § 278 und, speziell für den Fall der Gebrauchsüberlassung, nach § 549.

2. **Insbesondere über Reparaturen**: S. im allgemeinen Fuld S. 86ff. Er läßt den Vermieter mit Recht nur zu solchen Reparaturen verpflichtet sein, die zur Erhaltung der vertragsmäßigen Beschaffenheit der Sache von Bedeutung sind, weil nur für einen solchen Zustand der Vermieter nach §§ 536/7 einzustehen hat. Andere vorzunehmen ist zwar der Mieter nicht verpflichtet, der Vermieter braucht ihm aber die gemachten nicht allgemein zu ersetzen, sondern nur nach Maßgabe des § 547.

Dagegen soll nach Schollmeyer S. 59 der Vermieter wegen § 548 alle Reparaturen tragen, allerdings in Aufl. 2 mit der einschränkenden Verweisung auf Treu und Glauben sowie die Verkehrssitte.

3. Über die **Verjährung** der etwaigen Ersatzansprüche s. § 558.

4. **Anderweite Abreden** sind, da § 548 unzweifelhaft nachgiebiges Recht darstellt, wirksam, auch im Leben nicht selten. Insbesondere wird oft vereinbart, der Mieter solle die Mietsache im selben Zustand zurückgewähren, wie er sie übernommen. Das soll nach Kober-Staudinger Nr. 2 bedeuten, daß der Mieter auch für die normale Abnutzung zu haften habe, nur nicht „für höhere Gewalt oder sonstigen Zufall". M. E. besagt die Klausel — und wird, soviel ich weiß, auch von den Gerichten meist so aufgefaßt — im allgemeinen nur, daß der Mieter die Wohnung (oder sonstige Mietsache) in dem Zustande zurückgeben müsse, wie er sich unter Berücksichtigung des normalen Gebrauches ergeben werde, enthält also nur eine, eigentlich überflüssige, besondere Einschärfung der mit einem übermäßigen, zweckwidrigen Gebrauch verbundenen Folgen. Eine weitergehende Bedeutung ist der in machen Großstädten zur stereotypen Floskel gewordenen Klausel mangels besonders dafür sprechender Umstände nicht beizumessen.

§ 549.

Der Mieter ist ohne die Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der gemieteten Sache einem dritten zu überlassen, insbesondere die Sache weiter zu vermieten. Verweigert der Vermieter die Erlaubnis, so kann der Mieter das Mietverhältnis unter

Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen, sofern nicht in der Person des dritten ein wichtiger Grund vorliegt.

Überläßt der Mieter den Gebrauch einem dritten, so hat er ein dem dritten bei dem Gebrauche zur Last fallendes Verschulden zu vertreten, auch wenn der Vermieter die Erlaubnis zur Überlassung erteilt hat.

E. I 516, E. II 493, RV. 542. — Mot. S. 395—8, Prot. II S. 178—85, D. S. 105—6.

Literatur: Dissert. von Schubart, Greifswald 1900, und Rosin, Greifswald 1901.

1. **Allgemeines; bisheriges Recht**: Die bisherigen Rechte weichen in Behandlung der Frage, inwieweit dem Mieter eine sog. Untervermietung (Aftervermietung, sublocatio) gestattet sein solle, sehr stark von einander ab. Das GR. gestattete sie schlechthin, s. l. 6 C. IV, 65; das Landrecht I, 21, §§ 309ff. dagegen nur bei Erlaubnis des Vermieters, deren ungerechtfertigte Versagung freilich für den Mieter einen Kündigungsgrund bildete. Dem GR. folgten der Code Art. 1717, das SächsGB. § 1194 und der Dresdener Entwurf Art. 559, nicht minder auch der erste Entwurf des BGB. § 516. Demgegenüber hat der zweite Entwurf mit Recht die grundsätzliche Freiheit der Untervermietung beseitigt, s. Prot. aaO., indem er zugleich den Interessen des Mieters durch S. 2 auf dieselbe Weise, wie sein landrechtliches Vorbild, gerecht zu werden sucht.

2. **Begriff der Gebrauchsüberlassung und der Untervermietung**: § 549 handelt nicht nur von der meist allein ins Auge gefaßten Untermiete, sondern (so auch Landrecht § 309) allgemein von einer Gebrauchsüberlassung, und hebt jene nur als besonderen Fall hervor. In Wahrheit ist sie auch das nicht eigentlich, vielmehr sind beide sogar sehr verschieden, s. darüber die guten Erörterungen bei Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte, S. 90ff., Crome, System § 241 a. A., auch Mittelstein S. 255, Paech, ArchBürgR. **26** 10ff. Die Gebrauchsüberlassung ist eine Zession der dem Mieter zustehenden Rechte und kann auf alle denkbaren Rechtsgründe (causae cessionis) hin erfolgen, etwa Kauf, Schenkung. Wer sie von der Zession der Mieterrechte sondert (so anscheinend Mittelstein) kann diese, wenn überhaupt, nur nach § 399 für ausgeschlossen halten. Das führte aber zu dem bedenklichen Ergebnis, dem Mieter die Zession schlechthin zu verschließen, während er bei der hier vertretenen Anwendbarkeit des § 549 darauf bei grundloser Verweigerung ein Kündigungsrecht gewinnt. Die Untervermietung dagegen ist ihrerseits ein neuer Mietvertrag. Der Gebrauchszessionar erlangt also direkte Rechte gegenüber dem Vermieter, kann auf Gewährung des Gebrauches, Ersatz der Verwendungen usw. gegen ihn klagen, während der Untermieter sich überall nur an seinen Kontrahenten zu halten hat.

In ein Verpflichtungsverhältnis tritt dagegen auch der Gebrauchszessionar zum Vermieter im allgemeinen nicht, es müßte denn, was freilich häufig der Fall sein wird, eine besondere Schuldübernahme (§§ 414ff.) danebin stattgefunden haben. Nur der Anspruch auf Rückgabe der Mietsache ist nach § 556 Abs. 3 auch gegen den Gebrauchszessionar und Untermieter gegeben (s. über die Konstruktion Bem. 3 dazu), und darüber hinaus können sie sich selbstverständlich dem Vermieter wegen Sachbeschädigung nach den Regeln der unerlaubten Handlungen verantwortlich machen.

Andererseits wird an den Pflichten des Mieters gegen den Vermieter durch eine — selbst genehmigte — Gebrauchsüberlassung nichts geändert; er haftet nach wie vor auf Zahlung des Mietzinses, sowie (neben dem Untermieter) auf Zurückgabe der Sache, s. auch Abs. 2 (unten Bem. 6); das wird nur dann anders, wenn der Gebrauchszessionar privativ (nicht nur kumulativ) die Verpflichtungen des Mieters übernommen, und der Vermieter diese Übernahme gemäß § 415 genehmigt hat. Überhaupt nicht unter § 549 fällt die Aufnahme von Familienmitgliedern, Gästen, Dienstboten. Sie ist dem Mieter, als zum normalen Gebrauch der Mietsache gehörig, schlechthin gestattet.

Er will ihnen ja auch nicht seine Rechte auf den Gebrauch übertragen; s. aber auch unten Nr. 7. Ebensowenig hindert § 549 den Mieter (Pächter), einem sonstigen dritten vorübergehend den Aufenthalt im Mietlokal oder die Aufbewahrung von Gegenständen dort zu gestatten, soweit darin keine Übertragung der Herrschaftsgewalt darüber zu sehen ist, OLG. Oldenburg in Rspr. 1 Nr. 251 S. 405.

3. **Erlaubnis**: Zur Gebrauchsüberlassung im Sinne von Nr. 2 ist der Mieter nicht **ohne Erlaubnis** des Vermieters befugt. Deren Rechtscharakter ist streitig:

a) Eine Einwilligung oder Zustimmung im Sinne von §§ 182 ff. ist damit nicht gemeint, das geht schon angesichts des strengen gesetzlichen Sprachgebrauches aus der abweichenden Bezeichnung hervor (a. A. früher Endemann § 169 No. 5, wie hier Planck Nr. 2, Fuld S. 106, Mittelstein S. 250); nicht minder daraus, daß in unserem Falle gar nicht zur Gültigkeit der Untervermietung unter den Parteien die Einwilligung erforderlich ist.

b) Endemann sieht jetzt darin (§ 169 Anm. 18) einen Verzicht auf das Verbietungsrecht, der in enger Verwandtschaft mit der Einwilligung stehe und auch dem Untermieter gegenüber erklärt werden könne. Aber damit wird das wahre Verhältnis umgedreht. Nicht der Vermieter hat ein besonderes Recht, das er aufgibt, sondern der Mieter soll ein ohnedies nicht vorhandenes Recht neu bekommen.

c) Eltzbacher (Das rechtswirksame Verhalten S. 170) sieht in der Erlaubnis einen Vertragsbestandteil oder einen besonderen, nach § 305 wiederum nur vertragsmäßig gültigen, Nachtrag zum Mietvertrag. Dann würde m. E. die unausweichliche Folge sein, daß die Erlaubnis der etwa für den Mietvertrag selbst erforderlichen (s. § 566) Form bedürfte. So in der Tat Borcherdt, Mietrecht S. 94 und im Grunde Fuld S. 106, der nur dem Mieter unter Umständen mit einer exceptio doli helfen will.

Wäre diese Vertragstheorie richtig, so hätte der Hinweis auf die mögliche Erlaubnis der Gebrauchsüberlassung gar keinen Sinn. Denn daß der zweifellos dispositive (s. unten Nr. 5) § 549 durch anderweite Abrede geändert werden könne, wäre auch ohnedies selbstverständlich. Um solche Möglichkeit außer Zweifel zu stellen, würde das Gesetz, wie sonst in derartigen Fällen, ein „im Zweifel" oder „wenn nichts anderes vereinbart ist" hinzugefügt haben. Wenn aber statt auf eine anderweite Vereinbarung, auf eine bloße Erlaubnis des Vermieters verwiesen wird, so ist damit doch wohl sicherlich etwas anderes gemeint, als eine zweiseitige Abrede.

d) Somit ist die Erlaubnis nichts als eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung im Sinne von §§ 130 ff. Das heißt an sich; daß sie auch eine Klausel des Mietvertrages darstellen oder in einem Nachtrag dazu enthalten sein kann, ist selbstverständlich. Übrigens aber ist sie, weil ihrem Wesen nach nicht Vertragsbestandteil, der etwaigen Vertragsform nicht unterworfen. So auch Mittelstein S. 251, Paech ArchBürgR. 26 16. Anders freilich wohl dann, wenn mit ihr eine anfängliche gegenteilige besondere Vertragsklausel aufgehoben werden soll, da eine solche Vertragsänderung selbst vertragsmäßigen Charakter aufweist. Anders auch wohl bei einer allgemeinen, nicht auf einen besonderen Fall beschränkten Erlaubnis: eine solche enthält doch, mag sie auch auf eine gewisse Zeit oder eine besondere Kategorie von Untermietern beschränkt sein, eine generelle Änderung der durch den Mietvertrag übrigens eintretenden Rechte und Pflichten. Daß eine solche allgemeine Erlaubnis nicht unter § 549 fällt, ergibt sich auch daraus, daß ihre Verweigerung unmöglich das in Abs. 1 Satz 2 dem Mieter gewährte Kündigungsrecht begründen kann. Sie enthält daher eine gewöhnliche, möglicherweise nur bei Schriftform vollwirksame (§ 566) Vertragsklausel. Im allgemeinen freilich kann auch sie erteilt werden ausdrücklich oder stillschweigend (z. B. der Inhaber eines Pensionats für Ausländer mietet unter Hervorhebung dieses seines Berufs eine für seine privaten Verhältnisse auffällig große Wohnung). Schon der allgemeine Ortsgebrauch (z. B. in Universitäts- und kleinen Garnisonstädten) kann die Vermutung einer stillschweigenden Erlaubnis begründen.

Die einseitige Einzelerlaubnis vollends kann überall sowohl ausdrücklich wie stillschweigend erteilt werden. Insbesondere kann sie auch nachträglich erteilt, und bereits darin gefunden werden, daß der Vermieter die ihm bekannte Untervermietung stillschweigend gewähren läßt.

Von einem Widerruf der erteilten Erlaubnis bis zum Abschluß des erlaubten Gebrauchsüberlassungsvertrages ist im Zweifel keine Rede; § 183 ist nach der hier zu Grunde

gelegten Konstruktion natürlich unanwendbar. Ebensowenig läßt sich die Ansicht verteidigen, daß die Erlaubnis überhaupt erst nach Abschluß jenes Vertrages wirksam erteilt werden könnte. Weder Sinn noch Wortlaut des § 549 sprechen dafür. Unmöglich kann man es dem Mieter zumuten, zunächst eine Vertragspflicht zu übernehmen, deren Erfüllbarkeit gar nicht von ihm allein abhängt.

Die Erlaubnis wirkt natürlich nicht weiter als sie erteilt ist. Insbesondere liegt in der zu einer bloßen Untervermietung noch keine solche zu der weitergehenden völligen Gebrauchsüberlassung im Sinne von Nr. 2 oben; so auch Paech aaO. S. 13.

Daß die vom ursprünglichen Vermieter erteilte Erlaubnis nach § 571 für den Bereich der darunter gehörigen Fälle auch gegenüber dem Neuerwerber wirksam sei, ist zweifellos — die Erlaubnis stellt, wie ein Recht des Mieters, so eine Pflicht des Vermieters dar, eine Pflicht, die zwar nicht (notwendig) dem Mietvertrage als solchem, aber doch, wie es § 571 nur fordert, dem Mietverhältnis entsprungen ist.

4. **Wirkungen der verweigerten Erlaubnis**: Während die Folgen der erteilten Erlaubnis bezw. der daraufhin vollzogenen Gebrauchsüberlassung sich aus dem zu 2–3 Bemerkten ohne weiteres ergeben, muß über die der unterbliebenen bezw. verweigerten noch besonders gehandelt werden:

a) Schließt der Mieter ohne Erlaubnis oder trotz ihrer Verweigerung den Gebrauchsüberlassungsvertrag mit dem dritten ab, so stehen dem Vermieter die Rechtsmittel aus §§ 550 und 553 zu; er kann ferner die Mietsache vom dritten mit den Eigentumsansprüchen (§§ 985 ff.), aber auch nach vollzogener Kündigung mit dem Vertragsanspruch (§ 556) herausverlangen; der Mieter haftet ihm auch hier natürlich wegen schuldhaften Verhaltens des dritten, ja selbst für ohne dessen Verschulden eingetretene Unfälle, weil er durch die unerlaubte und daher vertretbare Überlassung an den dritten den Schaden indirekt, und zwar schuldhaft, verursacht hat. So auch Mittelstein S. 257 Anm. 7. Doch entfällt die Haftung natürlich nach allgemeinen Grundsätzen durch den Nachweis, daß der Schaden auch ohne die unstatthafte Gebrauchsüberlassung oder Untervermietung eingetreten wäre; nach dem oben vor § 249 eingenommenen Standpunkt zur Kausalfrage auch schon dann, wenn der Zusammenhang zwischen ihr und dem Schaden kein adäquater ist.

Auf die Gültigkeit des zwischen dem Mieter und dem Gebrauchszessionar oder Untermieter geschlossenen Vertrages ist dagegen das Unterbleiben oder die Verweigerung der Erlaubnis ohne Belang; eine den Vertrag ungültig machende Unmöglichkeit der Leistung ist darin nicht zu finden, und es bestimmen sich die Wirkungen der Erlaubnisverweigerung nach der Eigenart des geschlossenen Vertrages. Insbesondere im Falle der Untervermietung bleibt der Untermieter nach § 541 trotzdem zur Zahlung des Mietzinses verpflichtet, solange der Vermieter ihm nicht den Gebrauch der Sache wirklich entzieht; geschieht das, so gewinnt er die Rechte aus §§ 537 ff., es sei denn, daß ihm die Eigenschaft seines Vermieters als eines bloßen Mieters und das Fehlen der Erlaubnis beim Vertragsschlusse bekannt war. Dagegen dürfte grobfahrlässige Unkenntnis davon den Ansprüchen des Untermieters gegen seinen Vermieter gemäß § 541 (s. Bem. 2c dazu) nichts schaden; anders Aufl. 1.

Natürlich kann, und wird häufig, das Hinzutreten der Erlaubnis dem Vertrage zwischen dem Mieter und dem dritten als aufschiebende, oder ihre Verweigerung als auflösende Bedingung beigefügt werden.

b) **Verweigert** der Vermieter die Erlaubnis, so steht deswegen dem Mieter im allgemeinen ein **Kündigungsrecht** zu, dies aber nur unter Wahrung der gesetzlichen Fristen des § 565.

Dieses Recht fällt weg:

α) bei einer, heutzutage nicht seltenen besonderen Abrede, s. Nr. 5;

β) wenn in der Person des dritten ein nach der konkreten Sachlage **„wichtiger Grund"** für die Verweigerung vorhanden ist. Z. B. „der dritte" ist eine anrüchige Frauensperson, er ist tobsüchtig oder mit einer ansteckenden Krankheit behaftet; er ist ein bekannter kaum entlassener Zuchthäusler. Dagegen ist ökonomische Insolvenz im allgemeinen nicht dahin zu rechnen, da sie den Vermieter nicht, sondern nur den Mieter schädigen kann. Anders zu Unrecht Fränkel S. 105, Fuld S. 107.

In solchen Fällen kann der Vermieter nicht nur die Erlaubnis von vornherein verweigern, sondern auch die erteilte jederzeit zurücknehmen, wenn der „wichtige Grund" erst später eintritt oder ihm erst nachträglich bekannt wird. Es ist zu unterstellen, daß jede erteilte Erlaubnis mit dieser Einschränkung zu verstehen sei, sowie, daß auch die vertragsmäßige allgemeine Erlaubnis (oben Nr. 3) mit einer

entsprechenden Einschränkung zu verstehen sei. Weniger weit geht Mittelstein S. 254 Anm. 27: Die Rücknahme der Erlaubnis sei nur bis zum Abschluß des Untermietvertrages gestattet. Aber das ist den berechtigten Interessen des Vermieters durchaus zuwider. Ist z. B. die Untermieterin eine anfangs anständige Schauspielerin, die nachher durch Leichtsinn oder Not zur Kourtisane herabsinkt, so wäre es unbillig, ihn an die unter ganz andern Verhältnissen erteilte Erlaubnis noch immer für gebunden zu erachten. Der Untervermieter kann sich in solchen Fällen vielfach durch Kündigung nach § 553 sichern, unter Umständen (bei späterem Bekanntwerden des schon anfangs vorhandenen Grundes) auch durch Anfechtung nach § 119.

Ob das Kündigungsrecht auch dann begründet sei, wenn der Vermieter zwar einen wichtigen Verweigerungsgrund besitzt, ihn aber dem Mieter auf Befragen nicht mitteilt, ist zweifelhaft. Das Gesetz knüpft jenes an das Nichtvorhandensein, nicht an die unterlassene Mitteilung des wichtigen Grundes, und somit dürfte die Verneinung der Frage am nächsten liegen. So auch Mittelstein S. 253—4 gegen Fuld. Daß der Vermieter im Streitfall freilich den „wichtigen Grund" beweisen muß, entspricht dem Sinn wie dem Wortlaut des Paragraphen (so kann der Mieter . . . . kündigen, sofern nicht . . .).

5. **Anderweite Abrede:** Die Sätze des Abs. 1 — wie übrigens auch des unter Nr. 6 zu besprechenden Abs. 2 — sind dispositives Recht; die Gerechtsame des Mieters können durch besondere Abrede sowohl erweitert: der Vermieter verzichtet allgemein auf sein Widerspruchsrecht, wie auch beschränkt werden: dem Mieter wird die Gebrauchsüberlassung schlechthin verboten. Die letztere in der Praxis häufige Abrede hat vielfach die Bedeutung, daß dem Mieter dann bei Verweigerung der Erlaubnis kein Kündigungsrecht zustehen soll (anders freilich für das Preußische Recht die Entsch. in Striethorst's Arch. 24 18, s. auch Dernburg, Privatrecht II § 171 No. 16). Es kann aber die Absicht bei der Erwähnung des Verbotes im Vertrage vielleicht auch nur dahin gehen, dem Mieter die Beschränkungen des § 549 besonders einzuschärfen; was gemeint sei, läßt sich nur aus den Umständen des einzelnen Falles beantworten. Ergeben diese nichts näheres, so wird mit Mittelstein S. 252 gegen Fuld S. 108 im Zweifel wohl für die schwächere Wirkung der Abrede zu vermuten sein. Wenn aber Ehrlich (zwingendes und nichtzwingendes Recht S. 79) diese überhaupt für unwirksam erachtet, da ohne Kündigungsrecht das Verbot der Untermiete nicht erträglich sei, so ist das nur ein rechtspolitischer Gesichtspunkt, der gegenüber dem keinerlei Anhalt dafür bietenden Wortlaut des Gesetzes — vielleicht leider — nicht durchdringen kann.

6. **Absatz 2:** Für alle Fälle der Gebrauchsüberlassung, auch wenn sie auf Grund einer Erlaubnis des Vermieters vollzogen ist, soll nach Abs. 2 eine Haftung des Mieters wegen eines dem dritten beim Gebrauch der Mietsache zur Last fallenden Verschuldens eintreten. Der Mieter haftet deswegen also dem Vermieter kontraktlich, daneben möglicherweise auch der dritte deliktisch, auf Schadensersatz. Das Verhältnis beider Schuldner ist dann das einer (unechten) Solidarität, s. Vorbem. vor § 420 Nr. 5e.

Natürlich hat der in Anspruch genommene Mieter dann normalerweise aus seinem Vertragsverhältnis einen Regreß gegen den dritten auf das Ganze.

War die Gebrauchsüberlassung nicht genehmigt, so haftet der Mieter sogar für die von seinem Untermieter (Gebrauchszessionar) zufällig verursachten Schäden, s. oben Nr. 4a.

7. **Haftung für Gäste und Dienstboten:** Es fragt sich, ob nach Analogie des Abs. 2 der Mieter auch für Verschulden der etwa aufgenommenen **Gäste**, sowie seiner **Dienstboten** verantwortlich sei:

a) wegen der **Gäste** ließ das GR. den Mieter nicht haften, l. 11 pr. D. h. t., Dernburg, Pand. II § 111 No. 23. Anders nur bei einer culpa in eligendo vel custodiendo. Auch nach BGB. wird nicht anders zu entscheiden sein. Ladet jemand einen Gast zu sich in seine Wohnung, so ist darin eine Gebrauchsüberlassung nicht zu finden, da der Wirt sich die volle Disposition über die Wohnung normalerweise selbst vorbehalten, dem Gaste keinerlei Rechte übertragen will. Es fehlt also selbst an den Bedingungen einer analogen Anwendung des § 549. Auch aus §§ 278 und 831 wird hier in der Regel keine Haftung begründet werden können, es sei denn, daß dem Gast geradezu die dem Mieter obliegende Obhut über die Mietsache anvertraut wird. Es bleibt also nur die Haftung wegen etwaigen in der Aufnahme eines solchen Gastes liegenden eigenen Verschuldens.

b) auch auf **Dienstboten** kann die Haftung aus § 549 Abs. 2 nicht Anwendung finden; wohl aber haftet der Mieter für sie nach § 278, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen (z. B. der Mieter überträgt seinem Dienstboten während seiner Sommerreise die Obhut über die Mietsache), sonst nach § 831

c) **Haftung für Familienangehörige?** Auch ihretwegen ist von einer Haftung aus § 549 Abs. 2 cit. im allgemeinen keine Rede, da es an einer wirklichen Gebrauchsüberlassung fast ausnahmslos fehlen wird. Wohl aber kann für sie der Mieter dem Vermieter nach § 278 verantwortlich sein, s. Bem. dazu. Darüber hinaus kann die Haftung nach § 831, aber auch, wofern die Familienangehörigen nicht in Vornahme einer Verrichtung den Schaden verursachen, wegen eines in Außerachtlassung der Aufsichtspflicht liegenden eigenen Verschuldens des Mieters begründet sein. Übrigens entfällt die Haftung. Wenn also z. B. der Sohn des Mieters von seinem Spielplatze im Garten aus durch Steinwürfe ein Fenster zertrümmert, ist der Mieter nicht ohne weiteres verantwortlich.

8. Soweit die Rechte des Mieters gemäß § 549 nicht übertragbar sind, können sie nach dem (neuen) § 852 ZPO. auch **nicht gepfändet** werden.

9. a) **Zwischen Mieter und Untermieter** entsteht ein gewöhnliches Mietverhältnis, das sich nach den allgemeinen Regeln richtet. S. oben Nr. 4a, Goldmann-Lilienthal S. 567, Mittelstein S. 92, 261 ff.

b) Zwischen **Vermieter und Untermieter** entstehen grundsätzlich keinerlei Vertragspflichten, mit Ausnahme nur der in § 556 Abs. 3 diesem besonders auferlegten obligitorischen Rückgabepflicht, s. Bem. dazu. Übrigens haftet er dem Vermieter-Eigentümer nur nach den Regeln der Eigentumsansprüche und der unerlaubten Handlungen. S. näher Mittelstein S. 257 ff., 263.

10. **Veräußerung eines in gemieteten Lokalen befindlichen Handelsgeschäftes.** Nach RG. vom 20. III. 1902 in Rspr. V S. 369 soll, auch wenn der Mieter den Vertrag „als Inhaber der Firma" geschlossen hat, der Vermieter den neuen Firmeninhaber als Mieter zuzulassen nicht verpflichtet sein. Das scheint bedenklich. Freilich kann der Geschäftsinhaber für seine Person, er kann aber auch, und wird meistens, als Inhaber des Geschäfts, für dessen Zwecke, den Mietvertrag schließen. Letzterenfalls wäre als Subjekt der Mieterrechte „die Firma", „das Geschäft" anzusehen, wenn sie juristische Person wäre. Das ist sie freilich nicht. Mieter ist der jetzige Geschäftsinhaber. Aber indem ihm als solchem, für sein Geschäft vermietet ist, liegt darin mindestens im Zweifel die Einräumung des Rechtes, mit dem Geschäft die einen Bestandteil des Sondervermögens bildenden Mieterrechte weiter zu übertragen.

§ 550.

Macht der Mieter von der gemieteten Sache einen vertragswidrigen Gebrauch und setzt er den Gebrauch ungeachtet einer Abmahnung des Vermieters fort, so kann der Vermieter auf Unterlassung klagen.

E. II 494, RB. 543. — Prot. II S. 187—8.

1. **Vertragswidriger Gebrauch:** Die Grenze dessen, was dem Mieter bei Gebrauch der vermieteten Sache gestattet ist, bestimmt sich aus der besonderen Sachlage unter Berücksichtigung des oben zu §§ 535—6 Ausgeführten. Der Wortlaut der Abrede ist natürlich nicht entscheidend, sondern der nach den Grundsätzen von Treu und Glauben festzustellende Sinn. So dürfte als nicht vertragswidrig trotz Fehlens besonderer Erlaubnis die Herstellung solcher Vorrichtungen in der Mietwohnung erscheinen, die sich jederzeit wieder entfernen lassen, z. B. Anbringung von Seidentapeten, Holzwänden, Wandvertäfelungen. S. auch Fuld S. 94 und die reiche Kasuistik bei Mittelstein S. 133 ff. Selbst gewisse an sich schädigende Eingriffe sind insoweit als erlaubt zu erachten, als sie zu einer entsprechend komfortabeln Einrichtung der Mieträume unvermeidlich sind, z. B. Einschlagen von Nägeln in die Wand.

Wichtig zur Abgrenzung dessen, was vertragsmäßig und -widrig sei, sind insbesondere die **Hausordnungen.** Eine solche bindet den Mieter freilich nur, wenn er sich ihr ausdrücklich unterworfen hat oder sie ihm doch ohne Widerspruch vorgelegt ist, oder endlich wenn er, obwohl er das Vorhandensein einer Hausordnung kannte oder

damit rechnete, ohne Einwendungen gemietet hat. Andernfalls ist sie unverbindlich. Das gilt besonders von nach Beginn des Mietverhältnisses vollzogenen Erlassen oder Änderungen. Ihnen ist der Mieter auch trotz erlangter Kenntnis nicht unterworfen. Man kann ihm nicht zumuten, dagegen zu protestieren oder zu kündigen, um sich ihrer Geltung zu entziehen.

Ganz allgemein unterliegen die Hausordnungen natürlich der Beurteilung nach Treu und Glauben, und keineswegs kann sich der Vermieter unter Berufung auf sie über das Schikaneverbot des § 226 hinwegsetzen (anders anscheinend Arnold S. 62, der auch eine offenbar schikanöse Hausordnung verbindlich sein läßt).

Vertragswidrig ist nicht nur der gegen die konkrete Abrede, sondern auch gegen die nachgiebigen Gesetzesbestimmungen, z. B. § 549, verstoßende Gebrauch. Denn auch sie bilden, soweit nicht geändert, Vertragsbestandteile. Aber auch der die gesetzlichen Gebrauchsbeschränkungen des Eigentums nicht beachtende Gebrauch ist im Zweifel ohne weiteres als vertragswidrig zu erachten, RG. ZS. V vom 23. I. 1904 bei Gruchot 48 952.

Darf der Mieter ein anderes Geschäft betreiben statt dessen, für das er gemietet hatte? Im allgemeinen ist ihm das zweifellos zu gestatten, aber nicht unbeschränkt, nämlich nicht bei besonderem dahingehenden Versprechen, ferner nicht, wenn das neue Geschäft gesundheitsgefährlich oder für den Vermieter oder die Mitbewohner wesentlich unangenehmer ist als das frühere (Käse- oder Fleischerladen!). S. auch Fuld S. 94—5.

2. **Folgen:** Als Folge eines vertragswidrigen Gebrauches gibt § 550 dem Vermieter einen Anspruch auf Unterlassung. Um schikanösen Klagen vorzubeugen, muß der Vermieter eine Abmahnung vorausgehen lassen, offenbar auch hinterher noch eine genügende Frist abwarten, um dem Mieter zur Beseitigung der vertragswidrigen Einrichtungen Gelegenheit zu geben. Die Abmahnung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung, auf welche die §§ 130ff. entsprechend anwendbar sein dürften, obwohl sie keine eigentlich rechtsgeschäftliche, sondern eine rechtswahrnehmende Erklärung darstellt.

Unnötig ist dagegen für die Klage, daß der vertragswidrige Gebrauch die demnächstige unversehrte Rückgabe der Sache gefährde; es genügt die Tatsache desselben (z. B. Halten von Tieren, Benutzung der Küche als Waschraum, Unvorsichtigkeit mit dem Licht), s. Prot. S. 187. Verschulden des Mieters ist für den Unterlassungsanspruch nicht erfordert: der Text erwähnt nichts davon, und aus allgemeinen Gesichtspunkten dürfen wir ein solches Erfordernis nicht ohne weiteres hineintragen. Welcher Gebrauch vertragswidrig sei, bestimmt sich nach rein objektiven Kennzeichen. Ja, in der Ausdehnung des Unterlassungsanspruches auf unverschuldete Vertragswidrigkeiten liegt allein die besondere Bedeutung des § 550, der andernfalls durch die dem Mieter bereits obliegende Ersatzpflicht überholt, mindestens gedeckt wäre.

Der Anspruch ist dem negatorischen des § 1004 ähnlich, doch setzt letzterer nicht die besondere Abmahnung voraus. Um ihr zu entgehen die Klage des § 1004 zu wählen, ist dem Vermieter zweifellos verwehrt, weil ja durch das Mietverhältnis seine dingliche Gerechtsame gegen den Mieter entsprechend modifiziert ist. So auch Prot. II S. 188.

3. Wegen der **Vollstreckung** s. ZPO. § 890.

4. Außerdem gibt der vertragswidrige Gebrauch dem Vermieter nach § 553 ein **Kündigungsrecht**, macht auch den Mieter — hier freilich Verschulden vorausgesetzt — nach allgemeinen Grundsätzen **ersatzpflichtig**. Die Höhe des Schadens muß natürlich der Vermieter beweisen. Doch wird häufig eine Umänderung der Beweislast vertragsmäßig begründet durch Klauseln, wie: „Mieter habe die Wohnung in gutem Zustande übernommen", s. Mittelstein S. 146. Materielle Bedeutung im Sinne einer unbedingten Garantieübernahme hat das nicht.

Daß der Vermieter seine Ersatzansprüche erst nach Beendigung des Mietverhältnisses geltend machen könne (so Fuld und Planck), ist eine unhaltbare Annahme, dagegen Mittelstein S. 146. Allerdings wird der Vermieter nachher nicht immer ein Interesse an ihrer Geltendmachung haben, der Mieter oft gewillt sein, den Schaden während der Mietzeit auszubessern, z. B. die defekt gewordene Tapete demnächst durch eine neue zu ersetzen. Aber möglicherweise erfordert das Interesse des Vermieters zur Vermeidung größeren Schadens ein sofortiges Eingreifen, z. B. Wiederherstellung der vom Mieter zerbrochenen Fenster, der geborstenen Gas- oder Wasserleitungsröhren,

des beschädigten Daches. Ihm alsdann die sofortige Geltendmachung seiner Ansprüche zu versagen, dazu ist kein Grund erfindlich.

§ 551.

Der Mietzins ist am Ende der Mietzeit zu entrichten. Ist der Mietzins nach Zeitabschnitten bemessen, so ist er nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten.

Der Mietzins für ein Grundstück ist, sofern er nicht nach kürzeren Zeitabschnitten bemessen ist, nach dem Ablaufe je eines Kalendervierteljahrs am ersten Werktage des folgenden Monats zu entrichten.

E. I 517, E. II 495, RV. 544. — Mot. S. 398—9, Prot. II S. 185—6.

1. Über den **Mietzins** s. im allgemeinen § 535 und Bem. 3 dazu. Daß er im Zweifel postnumerando, nach Beendigung des Verhältnisses, zu zahlen sei, ist überall anerkannt, s. l. 24 § 2 D. 19,2; Landrecht I, 21, § 297; SächsGB. § 1204. Das gilt auch für das BGB. (ebenso nach § 614 beim Dienstvertrage), und zwar gleichmäßig bei Immobilien wie bei Mobilien. Indes:

a) die Bestimmung ist, wie die meisten Sätze des Mietrechtes, **dispositiv**; an erster Stelle kommt **die besondere Parteiabrede** in Betracht, die hierüber wohl selten schweigen wird. Auch stillschweigend, durch erkennbare Beziehung auf einen abweichenden Ortsgebrauch, kann eine solche vollzogen werden (etwa Miete eines möblierten Zimmers in Berlin!)

Dagegen ist der Satz nicht, wie in anderen neueren Entwürfen (s. Mot. S. 399) schon von Gesetzes wegen als subsidiärer, erst in Ermangelung eines abweichenden Ortsgebrauches eintretender, aufgestellt.

b) das Gesetz selbst enthält **zwei wichtige Besonderheiten:**

α) **bei Miete nach Zeitabschnitten** (Jahren, Monaten, Wochen, Tagen) ist der Zins nach Ablauf des einzelnen Abschnittes zu entrichten, S. 2. Auch dies natürlich nur mangels anderweiter Abrede. Wie aber, wenn das nach Zeitabschnitten bemessene Verhältnis während des Laufes eines solchen begonnen hatte, z. B. das nach Vierteljahren bemessene in der Mitte eines Monats? Dann ist der Zins zuerst nach dem Ablauf des ersten Abschnittes (also des angebrochenen Quartals usw.) zu zahlen, natürlich nur pro rata der bis dahin abgelaufenen Mietszeit. So mit Recht Türcke-Niedenführ Nr. 2.

β) **bei Grundstücken** (und einzelnen Wohnräumen, § 580) ist er auch davon abgesehen mangels kürzerer Zeitabschnitte quartaliter zu entrichten, immer am ersten Werktage des folgenden Vierteljahrs. Das entspricht dem heutigen allgemeinen Brauch, s. Mot. S. 399.

c) Zweifelhaft ist die Frage, wann der Mietzins bei **vorzeitiger Beendigung** des Verhältnisses fällig werde? Nach Cosack § 135, III, 1a auch in solchen Fällen nur mit dem Eintritt des ursprünglich vereinbarten Endtermines. Anders Dernburg § 219 Anm. 4, Mittelstein S. 154, die den Zins hier sofort fällig werden lassen. Mit Recht: das Verhältnis ist hier um deswillen nicht weniger beendet, weil die Beendigung auf einem besonderen Grund beruht. Vermittelnd Staudinger Nr. IV: die sofortige Entrichtung des Zinses sei nur insofern erforderlich, als erst dadurch die Geltendmachung des Vermieterpfandrechts ausgeschlossen werde.

2. **Insbesondere über den Erfüllungsort** der Zinszahlung enthält das Gesetz nichts besonderes; er bestimmt sich folgerecht nach §§ 269,70. Zweifelhaft ist die Frage, wenn beide Teile in demselben Orte, aber in verschiedenen Häusern wohnen. Die landrechtliche Praxis (mitgeteilt bei Meisner Anm. 1, s. besonders OTr 41 S. 31, Bd. 70 S 345) ließ dann den Zins im Zweifel im Miethause zu entrichten sein. Das scheint mir bedenklich; wie kann dadurch, daß beide Teile an einem Ort wohnen, die Pflicht des Schuldners zur Übersendung des Geldes an den Gläubiger gemildert werden? Anders nur bei besonderer, sei es ausdrücklicher, sei es (anders anscheinend insoweit Kober-Staudinger Nr. V) in der Bezugnahme auf den Ortsgebrauch oder auch den in dem Mietshause herrschenden „Hausgebrauch" zu findender stillschweigender Abrede.

3. Wegen der **Verjährung** der Ansprüche auf den Mietzins s. §§ 196[6], 197.

§ 552.

Der Mieter wird von der Entrichtung des Mietzinses nicht dadurch befreit, daß er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts verhindert wird. Der Vermieter muß sich jedoch den Wert der ersparten Aufwendungen sowie derjenigen Vorteile anrechnen lassen, welche er aus einer anderweitigen Verwertung des Gebrauchs erlangt. Solange der Vermieter infolge der Überlassung des Gebrauchs an einen dritten außer stande ist, dem Mieter den Gebrauch zu gewähren, ist der Mieter zur Entrichtung des Mietzinses nicht verpflichtet.

E. I 518, E. II 496, RV. 545. — Mot. S. 399—400, Prot. II S. 186—7.

1. § 452 behandelt den Fall, **wenn dem Mieter die Benutzung der Mietsache aus in seiner Person liegenden Gründen unmöglich wird.** Nach dem bisher überall geltenden Recht wurde dadurch der Anspruch des Vermieters auf den Mietziens nicht beeinträchtigt, s. ll. 24 § 2 und 55 § 2 D. h. t., sowie für die Dienstmiete l. 19 § 9, 10 das.; Landrecht I, 21, § 299; SächsBG. § 870. Auch das BGB. hat diese der Natur des Verhältnisses entsprechende Gestaltung aufgenommen. Einer besonderen Regelung bedurfte es wenigstens für einen Teil der Fälle, um die Anwendung des § 323 auszuschließen.

Die Bestimmung soll immer eintreten, wenn „der Mieter durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts verhindert wird". Dahin gehört z. B. Erkrankung, gefängliche Einziehung, Kriegsgefangenschaft, Einziehung zur Truppe, an sich auch Versetzung (s. hierzu freilich § 570).

Ob das Unvermögen zur Geltendmachung der Rechte ein bloß subjektives oder ob damit zugleich eine objektive Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist (z. B. durch Tod des Mieters), macht schwerlich einen Unterschied, solange der Grund in der Person des Mieters lag; das allgemeine Recht des § 323 ist hier eben insoweit zurückgedrängt.

Wenn der Mieter zwar an der Benutzung der Mietsache nicht gehindert ist, sie aber bloß tatsächlich nicht benutzt, so gilt natürlich das bisher Gesagte erst recht. Man kommt auch schon dadurch zu demselben Ergebnis, daß ja der Vermieter dem Mieter den Gebrauch nur „zu gewähren" hat; eine Gewährung liegt aber hier vor, mag der Mieter von ihr auch keinen Gebrauch gemacht haben.

2. Seiner **rechtlichen Natur** nach ist der Anspruch aus § 552 natürlich kein Ersatz-, sondern der vertragsmäßige Leistungsanspruch, s. Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 40. Da das Verhältnis der Gebrauchshinderung ungeachtet ruhig fortbesteht, der Vermieter also seinen Anspruch einfach behält, ist von einer Schädigung desselben von vornherein keine Rede.

3. **Anrechnungspflicht**: Es würde den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen, wenn der Vermieter sich infolge der unter Nr. 1 dargestellten Ereignisse auf Kosten des Mieters geradezu bereichern dürfte. Darum enthielt schon das GR. (s. l. 19 §§ 9, 10 cit., Entscheidungen bei Seuffert Bd. 27, Nr. 23 S. 28; Bd. 29 Nr. 22 S. 35; Bd. 39 Nr. 207 S. 295) eine Pflicht des Vermieters zur Anrechnung des durch anderweite Verwertung der Mietsache Gewonnenen. Dem folgt § 552 S. 2. Welcher Art die Verwertung ist, macht keinen Unterschied; sie kann in anderweiter Vermietung bestehen, dann muß der Vermieter den dadurch vom dritten erlangten Mietzins sich anrechnen lassen. Aber auch in der eigenen Benutzung der Sache ist vom Standpunkt der Ausgabenersparnis eine Verwertung zu finden: der Vermieter muß sich daher in dieser Höhe den Nutzungswert anrechnen lassen. Anders freilich, wenn der Vermieter das Mietobjekt nur ganz vorübergehend, ohne Erzielung von Ausgabeersparnissen nutzt, z. B. zum Hinaussehen aus dem Fenster, als Schlaf- oder Spielstätte für seine Kinder, Seuffert 39 Nr. 207 S. 395, Arnold S. 74.

Daß in solcher anderweiten Verwertung eine Vertragsverletzung zu finden sei, ist nicht zu behaupten. Das ist klar, wenn der Mieter die Sache nicht benutzen

konnte. Aber auch, wenn er sie nur faktisch nicht benutzt, ist mit den zitierten Erkenntnissen dasselbe anzunehmen; denn es wird dadurch der Vermieter nicht gehindert, die Sache dem dies begehrenden Mieter dennoch zu überlassen — so vor allem nicht bei eigenem Gebrauch des Vermieters, aber auch nicht immer bei anderweiter Vermietung: diese war etwa auf sofortige wirksame Kündigung oder unter der auflösenden Bedingung einer Inanspruchnahme der Sache durch den ersten Mieter vorgenommen! Solange er sich nicht meldete oder gar den Einzug weigerte, ist die Weitervermietung ja auch wegen der Anrechnungspflicht gerade für den Mieter von Vorteil!

Um indes allen Benachteiligungen des Mieters die Spitze abzubrechen, läßt S. 3 in den Fällen, wo durch die anderweite Verwertung die Gebrauchsgewährung für den Mieter geradezu ausgeschlossen war, den Vermieter den ganzen Mietzins die fragliche Zeit hindurch nicht fordern können, statt der bloßen Anrechnungspflicht. Das ist bei einer neuen Vermietung immerhin in der Regel anzunehmen, wenn auch nicht notwendig. S. auch Mittelstein, DJZ. 03 447.

Daß eine solche Verwertung darum unzulässig sei, bestimmt S. 3 nicht; aber er erklärt sie ebensowenig schlechthin als zulässig, da nicht anzunehmen ist, daß S. 3 ihre Einwirkung auf die Rechtsstellung des Mieters ausschließend habe bestimmen wollen. Man wird vielmehr unterscheiden müssen: war die Hinderung des ersten Mieters voraussichtlich eine dauernde, dann handelt der Vermieter durch die anderweite Verwertung während der vermutlichen Hinderungsdauer nicht vertragswidrig, sie lag vielmehr sogar im eigenen Interesse des dadurch entlasteten ersten Mieters, so auch das Erkenntnis des RG. vom 19. V. 1904, Bl. f. R. 15 67 (Wenn dort freilich dem auf die Differenz verklagten Mieter die Berufung auf S. 3 versagt wird, so mochte das für den entschiedenen Fall — der Mieter hatte den Einzug einfach geweigert — zutreffen; bei einer subjektiven Gebrauchshinderung des Mieters dagegen im Sinne des § 552 ist die Anwendbarkeit von Satz 3 nach seinem unzweideutigen Wortlaut nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Vermieter zur Neuvermietung für berechtigt zu erachten war.). Andernfalls erscheint sie in der Regel als unstatthaft und setzt, wenn mit dem Ende der Gebrauchshinderung nicht gehoben, den Vermieter dem ersten Mieter gegenüber in Verzug und macht ihn ersatzpflichtig. Aber auch ersterenfalls bewirkt sie immerhin möglicherweise, daß dem ersten Mieter nach Wegfall des Gebrauchshindernisses der ihm gebührende vertragsmäßige Gebrauch nicht gewährt wird. Das macht ihm unter den Voraussetzungen die Bahn frei für seinen Rücktritt vom Vertrage. So richtig Goldmann-Lilienthal S. 557.

Daß die anderweite Verwertung über die in S. 2—3 vorgesehene Wirkung hinaus **geradezu auf Rechnung des Mieters** erfolge, läßt sich weder aus dem Wortlaut des Paragraphen noch aus der Natur der Sache folgern; der Vermieter braucht ihm also ein etwaiges Plus der Verwertung über den Mietzins hinaus nicht herauszugeben.

Ebensowenig ist die anderweite Verwertung dem Vermieter **als Pflicht** auferlegt; macht er von der Möglichkeit keinen Gebrauch, so kann ihm der Mieter daraus an sich keinen Vorwurf machen. Nur einer offenbar schikanösen Ablehnung einer angebotenen Verwertungsmöglichkeit würde der Mieter, etwa durch Berufung auf § 242, entgegentreten können.

3. Über die Fälle, **in denen die Benutzung dem Mieter durch in der Person des Vermieters oder in objektiven Momenten liegende Gründe entzogen wird**, bestimmt § 452 nichts. Ersterenfalls kann der Vermieter natürlich den Mietzins nicht beanspruchen, da er ja seiner Vorleistungspflicht aus §§ 536–7 nicht genügt hat. Aber auch im letzteren Fall gilt dasselbe. Das ist, wofern die Mietsache selbst einen Mangel hat, in § 537 direkt ausgesprochen; es wird aber darüber hinaus in allen Fällen anzunehmen sein, wo eine Benutzung der Mietsache aus objektiven Gründen unmöglich war: Sperrung der Stadt, in der sie sich befand, Pestilenz u. dergl., auch polizeiliches Benutzungsverbot. Das entspricht dem GR., f. l. 77 D. h. t. (si causa fuisset, cur periculum timeat), Seuffert Bd. 36 Nr. 118 S. 168; für das BGB. ist es nach §§ 323, 536 und nach Analogie von 537 anzunehmen.

4. Über den **Einfluß des Konkurses** auf schwebende Mietverhältnisse bestimmen die §§ 19—21, 26 KO.

Vorbemerkung vor §§ 553—5.

1. Die §§ 553 und 554 geben dem Vermieter ein vorzeitiges gesetzliches **Kündigungsrecht** wegen vertragswidrigen Gebrauches der Sache durch den Mieter und Nichtzahlung des Mietzinses, s. das Nähere unten.

Dazu kommen noch die Kündigungsgründe des Konkursrechtes, KO. §§ 19ff.

Nicht aufgenommen ist dagegen in das neue Recht das bekannte gemeinrechtliche und landrechtliche Kündigungsrecht des Vermieters **wegen notwendiger Reparaturen**, Mot. S. 418. Ist die Reparatur unumgänglich, so wird man sie dem Vermieter nicht vom Standpunkt des Vertragsverhältnisses aus verwehren dürfen; die Sache liegt dann unter Umständen so, daß zwar nicht die Kündigung, aber bereits der objektive Zustand der Mietsache das Mietverhältnis wegen Unmöglichkeit der Erfüllung aufhebt oder modifiziert. Und auch soweit das nicht anzunehmen ist, kann der Mieter wegen der ihn durch den Mangel oder die nötige Reparatur treffenden Entziehung oder Schmälerung des Gebrauches sich der Rechte aus §§ 537 und 542 bedienen. Aber der Vertrag wird nicht, wie infolge der gemeinrechtlichen Kündigung, aufgehoben; der Mieter kann die ausgebesserte Sache zu den alten Bedingungen weiter benutzen, falls er nicht aus § 542 gekündigt hatte.

2. **Zu den gesetzlichen Kündigungsrechten** treten möglicherweise noch weitere **vertragsmäßige**, wie sie nach den vielberufenen großstädtischen Mietverträgen häufig den Hauswirten zustehen, namentlich wegen Verletzung der sog. Hausordnung, s. über deren Bedeutung auch Bem. 1 zu § 550. Eine solche Verletzung hat nicht die Bedeutung einer auflösenden Bedingung, sondern gibt dem Vermieter ein unbefristetes Kündigungsrecht, Fuld S. 99.

Gültig sind derlei Klauseln nur, soweit sie nicht mit dem Wesen des Mietvertrages in innerem Widerspruch stehen; insbesondere nicht dem Mieter den „vertragsmäßigen Gebrauch" ungebührlich einengen und verkümmern. Ferner ist zu unterstellen, daß sie dem Vermieter das Rücktrittsrecht nur auf Grund eines vom Mieter zu vertretenden Umstandes gewähren sollen; sonst würden sie leicht wegen eines unsittlichen oder wucherischen Charakters ungültig sein. S. überhaupt Fuld S. 54ff., 99.

4. Über den Begriff der **Kündigung** s. Bem. zu § 564.

§ 553.

Der Vermieter kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis kündigen, wenn der Mieter oder derjenige, welchem der Mieter den Gebrauch der gemieteten Sache überlassen hat, ungeachtet einer Abmahnung des Vermieters einen vertragswidrigen Gebrauch der Sache fortsetzt, der die Rechte des Vermieters in erheblichem Maße verletzt, insbesondere einem dritten den ihm unbefugt überlassenen Gebrauch beläßt, oder die Sache durch Vernachlässigung der dem Mieter obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet.

E. I 528[1], E. II 497[1] Satz 1, RB. 546. — Mot. S. 417, Prot. II S. 228—9.

1. **Allgemeines**: Das Kündigungsrecht des Vermieters wegen vertragswidrigen Gebrauches entspricht dem früheren Recht, s. l. 54 § 1 D. 19,2; Landrecht I, 21, § 387.

Welcher Gebrauch ein vertragswidriger sei, ergibt sich aus dem zu §§ 536 und 550 Bemerkten, s. besonders Bem. 1 dazu. Auch über das Erfordernis der Abmahnung ist das. Nr. 2 das Nötige vermerkt. Das Kündigungsrecht ist von schärferen Bedingungen abhängig als das Klagerecht auf Unterlassung (§ 550) insofern, als es eine **erhebliche Verletzung** der Rechte des Vermieters voraussetzt. Was dahin gehöre, ist aus den konkreten Umständen zu entnehmen; der Wortlaut gibt einige Beispiele: vertragswidrige Gebrauchsüberlassung und erhebliche Gefährdung der Sache durch Vernachlässigung der Obhut. Ferner würde etwa noch dahin zu rechnen seien: Mitnehmen der gemieteten Mobilien in ferne Länder; Veranstaltung von gefährlichen Experimenten in der gemieteten Wohnung; erhebliche Überanstrengung des gemieteten Pferdes. Daß die Mietsache selbst bereits verletzt sei, wird nicht erfordert, nur von einer Verletzung der Rechte des Vermieters ist die Rede. Daß beides verschieden sei, ergibt auch der Schluß, der nur eine Gefährdung der Sache verlangt. Zweifelhaft ist, ob die Verletzung schuldhaft sein müsse. Begrifflich ist das nicht nötig; es gibt auch objektive (etwa in entschuldbarem Irrtum vorgenommene) Rechtsverletzungen. Die Protokolle verlangen indes hier ein subjektives rechtswidriges Verhalten des Mieters,

ihnen folgen Planck Nr. 1 und Kober=Staudinger Nr. II, 2, auch meine Aufl. 1. Dagegen fassen den Begriff der Rechtsverletzung im Sinne des § 553 rein objektiv Cosack § 135 Anm. 47, Kisch bei Grünhut 29 358, Goldmann=Lilienthal S. 561, Mittelstein S. 141 Anm. 2 und besonders Weyl, Verschuldensbegriffe S. 292, 337 ff. Mit Recht: dafür spricht einmal die nicht wegzudeutende Analogie des § 550 (s. Bem. 2 Abs. 2 dazu), dann die Erwägung, daß das Gesetz auch sonst in seinem strengen Sprachgebrauch das objektiv rechtswidrige von dem subjektiv schuldhaften Verhalten zu scheiden pflegt (s. z. B. § 823 Abs. 1: „vorsätzlich oder fahrlässig . . . .", „widerrechtlich verletzt").

2. Die Bestimmungen des Paragraphen sind anwendbar nicht nur, wenn der Mieter selbst, sondern auch wenn der **Gebrauchszessionar oder Untermieter** den nach 1. **unzulässigen Gebrauch** vornimmt. Dies ohne Unterschied, ob die Überlassung an ihn unbefugt oder befugt geschehen war. Der Mieter muß also für des dritten Benehmen einstehen. Ob die Abmahnung in diesem Fall an den dritten oder an den Mieter zu erfolgen habe, sagt das Gesetz nicht; die Annahme der Aufl. 1, daß die Abmahnung dem den unzulässigen Gebrauch Vornehmenden gegenüber stattfinden müsse, hat mehrfach Widerspruch gefunden, so bei Kober=Staudinger Nr. II 3a und Mittelstein S. 140 No. 12, wohl mit Recht: denn zum Untermieter steht der Vermieter in gar keinem Vertragsverhältnis; jener kann ihm gegenüber vielleicht — und auch das nur, wenn der Vermieter Eigentümer oder sonst dinglich berechtigt ist — rechts=, aber nimmermehr vertragswidrig handeln. Was soll da ihm gegenüber die Abmahnung?

Daß das Benehmen des dritten dem Vermieter auch die Klage aus § 550 gegen den Mieter verleihe, muß angesichts der in § 553 beliebten Regelung noch viel mehr angenommen werden.

3. Kann der kündigende Vermieter auch wegen des ihm durch die Kündigung entstehenden Schadens Ersatz verlangen? Mittelstein S. 143—4 verneint die Frage, da die Kündigung doch immerhin auf freiem Willensentschluß des Vermieters beruhe. M. E. ist jedenfalls dieser Grund — vorausgesetzt natürlich, daß die Vertragsverletzung als schuldhafte oder kraft Garantieübernahme vom Mieter zu vertreten war — nicht entscheidend. Denn der Mieter hat die Notwendigkeit der Kündigung durch sein (vertretbares) Verhalten unmittelbar, somit den aus ihr entstehenden Schaden mittelbar verursacht. Auch die Berufung von Kober=Staudinger Nr. 4 auf § 555 schlägt m. E. schon deshalb nicht durch, weil er von Ansprüchen des Mieters handelt, während hier ein solcher des Vermieters in Frage steht, der jenen nicht ausschließt, sondern höchstens durch Aufrechnung beseitigt. Trotzdem glaube ich im Ergebnis der verneinenden Ansicht beitreten zu sollen, aus den oben bei § 542 Nr. 3 entwickelten, hier entsprechend anwendbaren Gründen: die Kündigung wirkt für die Zukunft dem Rücktritt gleich, ist also ebenso wie dieser mit einem, nur auf der Basis eines bestehenden Vertragsverhältnisses begründeten Ersatzanspruche insoweit unvereinbar. So auch RG. 9. VII. 1903 in Rspr. VII S. 471. S. ferner über die Frage der Ersatzpflicht bei außerordentlicher Kündigung der Miete allgemein Keidel, Bl. f. RA. 69 317 ff.

§ 554.

Der Vermieter kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis kündigen, wenn der Mieter für zwei auf einander folgende Termine mit der Entrichtung des Mietzinses oder eines Teiles des Mietzinses im Verzug ist. Die Kündigung ist ausgeschlossen, wenn der Mieter den Vermieter befriedigt, bevor sie erfolgt.

Die Kündigung ist unwirksam, wenn sich der Mieter von seiner Schuld durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach der Kündigung die Aufrechnung erklärt.

E. I 528², E. II 497¹ S. 2, RB. 547. — Mot. S. 417—8, Prot. II S. 228—9.

1. **Allgemeines**: Das Kündigungsrecht wegen Nichtzahlung des Mietzinses entspricht gleichfalls dem früheren Rechte, wenn auch die Bestimmungen im einzelnen verschieden

waren. Das GR. verlangte den Rückstand zweier Jahre (ll. 54 § 1,56 D. h. t., c. 3 X de locat. III, 18), das Landrecht (I, 21, § 298) und das SächsGB. (§ 1220) nur den zweier auf einander folgender Zinstermine. Dem folgt das BGB. im Prinzip, weicht dabei aber wiederum in zwei Punkten vom Landrecht ab:

a) es genügt der Rückstand eines Teiles des Zinses, d. h. wenn der Vermieter, was er nach § 266 nicht braucht, die Teilzahlung angenommen hatte. Natürlich kann aber in solcher Annahme leicht eine Stundung betreffs des Restes liegen, und nur darüber kann man zweifeln, ob in der vorbehaltlosen Annahme ohne weiteres ein solcher zu finden sei (so meine Aufl. 1 nach dem Vorgang der früheren Aufl. — anders jetzt Aufl. 6 Nr. 5 — von Fischer-Henle) oder nicht (so Goldmann-Lilienthal S. 558, Mittelstein S. 166 Anm. 10. An sich ist diesen Autoren beizutreten: man kann dem Vermieter unmöglich zumuten, die angebotene Teilzahlung abzulehnen, um sich das Rücktrittsrecht zu erhalten. So auch RG. vom 30. X. 1903, Gruchot 48 103, ferner OLG Hamburg bei Seuffert 57 Nr. 30 S. 54. Aber mit dem letzteren Erkenntnis ist dafür zu halten, daß wenigstens dann nach Treu und Glauben für die Verzichtsabsicht zu vermuten sei, wenn der Vermieter nach erhaltener Teilzahlung noch eine längere Zeit schweigt. Denn keinenfalls kann gestattet werden, daß er den Mieter „ungemessene Zeit hindurch" über den Rücktritt alsdann noch in Ungewißheit lasse.

b) wird der Gläubiger vor vollzogener Kündigung befriedigt, so erlischt das Kündigungsrecht (anders für das Landrecht Rehbein-Reinke zu § 298 cit. No. 89 und die dort mitgeteilte Judikatur). Wie die Befriedigung wirkt natürlich auch die nicht rücknehmbare Hinterlegung, § 378; die rücknehmbare gewährt nach Analogie von § 379 dem Mieter gegen den Räumungsanspruch wenigstens eine Einrede.

Der Befriedigung gleich wirkt natürlich die Aufrechnung, § 387.

Ist die Kündigung einmal erfolgt — wozu aber, da sie eine empfangsbedürftige Erklärung darstellt (f. Bem. zu § 565), nicht nur die Abgabe, sondern auch ihr Empfang durch den Mieter gehört — so ist die nunmehr erfolgende Befriedigung auf das Recht des Vermieters ohne Einfluß, es müßte denn in der vorbehaltlosen Annahme eine Rücknahme der erfolgten Kündigung zu finden sein.

c) Über die Rücknahme der Kündigung f. im allgemeinen Goldmann-Lilienthal S. 559. Daß sie zulässig und wirksam sei, erscheint zweifellos. Soweit aber einmal das Mietverhältnis durch die Kündigung sein Ende erreicht hat, kann das beendete nicht wiederhergestellt werden, sondern nur ein neues mit entsprechendem Inhalt. Dazu bedarf es aber der Willensübereinstimmung beider Teile in der etwa vorgeschriebenen Form. Wenn Goldmann sich dagegen auf die Vertragsfreiheit der Parteien beruft, so ist das insoweit verfehlt, als ein einmal erloschenes Schuldverhältnis in seiner alten Identität nach den Grundsätzen der Logik nicht wiederhergestellt werden kann, f. auch Vorbem. vor § 362.

Doch kann man zu dem von Goldmann verteidigten Ergebnis — einseitige Rücknahmemöglichkeit der Kündigung —, das in der Tat rechtspolitisch dringend geboten erscheint, vielleicht auf einem anderen Wege gelangen: mittelst der Annahme, daß das Verhältnis durch die Kündigung allein noch nicht endgültig erledigt sei, sondern wenigstens provisorisch noch solange fortdauere, als der Mieter noch tatsächlich wohnen bleibt. Dann würde die Kündigung nur bedeuten, daß dem Mietverhältnis die sonst vorhandene Dauer entzogen wird. Möglich bliebe auch statt dessen der andere Ausweg, daß man bei dem noch in Besitz der Mietsache gebliebenen Mieter ein Einverständnis in die Fortsetzung der Miete ohne weiteres unterstellt.

Nur die Befriedigung durch Aufrechnung ist nach Abs. 2 noch beachtbar — sie macht die Kündigung unwirksam, wenn sie unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, nach vollzogener Kündigung erfolgt. Übrigens ist das gegenüber der mit der Aufrechnungserklärung nach § 389 verbundenen Rückwirkung weniger eine Erweiterung, als eine Beschränkung des Aufrechnungsrechtes, Planck Nr. 3.

d) Zu Abs. 2 ist noch zu bemerken:

α) Er ist anwendbar auch auf den Fall, daß dem Vermieter vertragsmäßig schon bei Nichtzahlung einer einzigen Zinsrate das Kündigungsrecht zusteht, Kiehl bei Gruchot 45 761, RG. in Rspr. II S. 218.

β) Davon abgesehen, braucht die Aufrechnung sich nicht auf die ganze Mietschuld zu beziehen, sondern nur auf eine der beiden fälligen Raten. Denn es verbleibt dann nur der Verzug wegen der zweiten allein, der als solcher zur Kündigung nach Abs. 1 nicht genügt. So richtig Paech, Leistungsverzug S. 173.

γ) Die Aufrechnung als solche ist in ihrer Wirksamkeit von der Unverzüglichkeit unabhängig. Sie erzeugt auch als spätere noch immer die Tilgungswirkung; nur die **Kündigung** macht sie alsdann nicht ungeschehen. S. **Weigelin**, Recht zur Aufrechnung S. 130.

δ) Wird die Aufrechnung ist einem vorbereitenden Schriftsatz erklärt, so soll das nach **Kiehl** aaO. S. 763 nicht die Wirkung des Abs. 2 haben. Unterschiedslos dürfte das (s. übrigens Nr. 1 zu § 388) kaum zutreffen — eine derartige Erklärung kann sehr wohl den Sinn einer wahren, gegenwärtigen Aufrechnungserklärung besitzen, und daß sie ihn besitze, ist in einem Fall, wo Gefahr im Verzuge, der vielleicht beste Teil des Aufrechnungserfolges andernfalls in Frage gestellt ist, mindestens im Zweifel anzunehmen.

2. **Verzug:** Es genügt zur Kündigung nach BGB. nicht die einfache Tatsache der Nichtzahlung, sondern es wird ein **Verzug** erfordert, während das Landrecht wenigstens im Wortlaut nichts davon enthält. Wann der Verzug vorliege, bestimmen die §§ 284 ff.; jedoch wird das regelmäßige Erfordernis der **Mahnung** hier um deswillen meist wegfallen, weil bei dem Mietzins kalendermäßig bestimmte Leistungszeiten vorzuliegen pflegen.

Vor dem Eintritt der Voraussetzungen des Textes ist die Kündigung unwirksam, und sie erlangt auch nicht dadurch nachträglich Wirksamkeit, daß jene nunmehr noch eintreten. „Der Vermieter kann die Kündigungsbefugnis nicht präokkupieren," RG. 3S. V vom 2. XI 1903 bei Gruchot 48 817.

3. **Bei der Teilpacht** (s. darüber Vorbem. vor § 581) wird der Rückstand zweier Termine nicht zu erfordern sein. Unterläßt der Pächter die ihm obliegende Bebauung schuldhaft, so stellt er damit seine Leistungspflicht in quali et quanto in Frage; es tritt also eine durch den Pächter verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung ein, und der Verpächter kann sofort zurücktreten. So mit Recht **Crome**, part. Rechtsgesch. S. 109.

§ 555.

Macht der Vermieter von dem ihm nach den §§ 553, 554 zustehenden Kündigungsrechte Gebrauch, so hat er den für eine spätere Zeit im voraus entrichteten Mietzins nach Maßgabe des § 347 zurückzuerstatten.

E. II 497², RB. 548. — Prot. II S. 230.

1. **Prinzip:** Der Satz, eine Neuerung der zweiten Kommission, dient zur Vermeidung einer ungerechtfertigten Bereicherung des Vermieters auf Kosten des Mieters. Er gilt wörtlich nur, wenn auf Grund der §§ 553/4 gekündigt wird, darüber hinaus ist er aber zweifelsohne entsprechend anzuwenden, wenn die Kündigung gemäß einer weitergehenden Vertragsklausel erfolgt. Im Falle des § 554 wird die Bestimmung wesentlich nur dann praktisch sein, wenn von dem vorauszuzahlenden Zinse ein Teil gezahlt ist, und **nachher** die Kündigung wegen der unvollständigen Leistung erfolgt. Wird der Zins nach der erfolgten noch in Unkenntnis geleistet, so kommt nicht § 553, sondern das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung zur Anwendung.

2. Die **Rückerstattung** soll nach den Regeln des § 347 erfolgen, s. Bem. dazu. Das ist wichtig vor allem wegen der dem Vermieter danach vom Tage des Empfanges ab treffenden Verzinsungspflicht.

3. **Ist der Satz dispositives oder zwingendes Recht?** Nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB. und nach der Entstehungsgeschichte ist jedenfalls das Erstere anzunehmen, obwohl m. E. eine Beschränkung der Vertragsfreiheit auf diesem Gebiete angesichts vieler skandalöser Mietverträge sehr erwünscht gewesen wäre. Bei dem Schweigen des Gesetzes wird man sich mit § 138 behelfen müssen. Daneben aber ist zu beachten, daß die Ausbedingung des Rechtes des Vermieters, nach Beendigung des Mietverhältnisses den vorausgezahlten Mietzins behalten oder den auf die spätere Zeit entfallenden trotzdem noch einfordern zu können, **materiell** einer Vertragsstrafe gleichzuachten ist, auf die das richterliche Ermäßigungsrecht aus § 343 Anwendung findet. So auch **Kober-Staudinger** Nr. 2 und oben Bem. 3 zu § 360.

§ 556.

Der Mieter ist verpflichtet, die gemietete Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben.

Dem Mieter eines Grundstücks steht wegen seiner Ansprüche gegen den Vermieter ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu.

Hat der Mieter den Gebrauch der Sache einem dritten überlassen, so kann der Vermieter die Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses auch von dem dritten zurückfordern.

E. I 520, E. II 498, RV. 549. — Mot. S. 401—2, Prot. II S. 189—94, D. S. 107.

1. **Allgemeines:**

a) Die §§ 556—7 handeln des Näheren von der dem Mieter obliegenden **Rückgabepflicht**, von der schon oben in der Vorbem. und zu § 535 die Rede war. Der Vermieter kann sich nach Beendigung des Verhältnisses, mag es auf normale Weise nach §§ 564ff, oder auf anormale nach §§ 542, 553—4 sein Ende erreicht haben, zur Wiedererlangung der Sache sowohl des dinglichen wie des Vertragsanspruches bedienen; in diesem Zusammenhang denkt das Gesetz aber nur an den letzteren.

b) der Mieter kann sich gegen den Anspruch mittels aller ihm nach der Sachlage zustehenden **Einreden** schützen, insbesondere auch durch das Zurückbehaltungsrecht aus §§ 273ff. wegen der ihm, etwa aus § 547, zustehenden Gegenansprüche. Nur ein **Grundstück** (sowie ein gemieteter Raum, § 580) soll nach Abs. 2 ausnahmsweise **nicht zurückbehalten** werden dürfen. Der Grund liegt in zutreffenden Erwägungen sozialer Natur.

Ferner darf der Rückgabeanspruch nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 226, 242 nicht lediglich zur **Schikane** ausgeübt werden: z. B. der Mieter kann aus unvorhergesehenen Gründen, etwa wegen Krankheit oder weil ihm die neue Wohnung nicht bereitgestellt ist, noch nicht ohne erhebliche Schädigung ausziehen, während die alte Mietwohnung nicht wieder vermietet ist oder doch nicht sofort bezogen wird.

Die Klage auf *künftige* Räumung ist schon vor Beendigung des Verhältnisses statthaft, ZPO § 257. Andererseits muß zur Vollstreckung noch der Ablauf der etwa obrigkeitlich vorgeschriebenen Räumungsfristen abgewartet werden; für die Anordnung von solchen bleibt nach EG. Art. 93 die Landesgesetzgebung zuständig. Auch reichsrechtlich kann nach ZPO. § 721 der Mieter verlangen, daß ihm das Gericht im Urteil eine angemessene Räumungsfrist gewähre. Ferner ist der § 193 BGB. auch auf unseren Fall anwendbar.

c) Die Rückgabepflicht betrifft andererseits mit der Mietsache auch *alles Zubehör und alle Akzessionen derselben*. Nur ist das dem Mieter nach § 547 Abs. 2 S. 2 zustehende Wegnahmerecht zu berücksichtigen.

Nicht mit herauszugeben ist das nicht „ex re", sondern „ex negotiatione" erzielte commodum im Sinn der gemeinrechtlichen Unterscheidung, *Stammler* S. 133.

d) **Ort der Rückgabe**. Die Frage, ob die Rückgewährpflicht eine Hol- oder Bringschuld sei, spielt nur bei der Mobiliarmiete eine Rolle. Hier soll nach *Pfleghart* (Die Elektrizität als Rechtsobjekt, S. 396) für eine Bringschuld zu entscheiden sein. Doch geht das zu weit; gerade in *Pfleghart's* Beispielen (Miete eines Elektrizitäts- oder Gasmessers) ist es sicherlich nicht anzunehmen; wie kann man dem Mieter die mit ihrem Fortschaffen verbundenen technischen Manipulationen ohne weiteres zumuten? Anders freilich wohl bei Miete von Büchern, Kleidungsstücken usw., überhaupt in den regelmäßigen Fällen. Daß im allgemeinen eher für Bringschuld zu vermuten sei, kann man auch wohl mittels argumentum a contrario aus § 697 folgern. Rückgabepflicht scheint nach dem Gesetze im allgemeinen Pflicht zum *Rückbringen*, soweit nicht damit solche Manipulationen verbunden sind, die, weil von besonderer

Sachkunde oder Hilfsmitteln des Vermieters abhängig, als von diesem stillschweigend übernommen zu gelten haben.

2. Muß der Mieter auch **die ihm gehörende Mietsache** herausgeben? S. dazu das in der Vorbem. 1 b vor § 535 Gesagte. Man muß scheiden:

a) soweit der Vertrag, etwa wegen eines Rechtes des Vermieters auf den Gebrauch der Sache, **gültig** war, steht der Anwendung des § 556 an sich nichts im Wege. Hat der vermietende Nichteigentümer ein Besitzrecht an der Sache, so kann er auch vom mietenden Eigentümer die Sache mit Erfolg zurückfordern. Anders aber im entgegengesetzten Fall; hier ist mit Hellmann dem Eigentümer gegen den Anspruch aus § 556 trotz Gültigkeit des Mietvertrages zum mindesten eine Einrede zu gewähren, nach dem Satz dolo facit, qui petit usw.

b) Soweit **das nicht der Fall**, kann der Vermieter natürlich aus dem ungültigen Vertrage keine Rechte herleiten. Eine solche Ungültigkeit ist, wie oben dargelegt wurde, noch nicht um deswillen allein anzunehmen, daß der Mieter die Sache in Unkenntnis seines Eigentums mietete.

c) falls **der Mieter später das Eigentum erwarb**, fällt die Rückgabepflicht jedenfalls fort, wenn der Vermieter selbst dasselbe übertrug, er müßte sich denn ein zum Besitze berechtigendes Recht vorbehalten haben. Aber auch wenn ein dritter der Übertragende war, ist dem Mieter nach Analogie des zu a Gesagten gegenüber der Klage aus § 556 dann eine Einrede (exceptio doli) zu gewähren, wenn er auch im dinglichen Prozeß dem Vermieter gegenüber durchdringen würde, s. Mot. S. 402; auch Crome § 237 Anm. 42. Vielleicht könnte man sogar in solchen Fällen ein völliges Erlöschen des Mietrechtes annehmen.

3. **Anspruch gegen den Untermieter:** Nach Abs. 3 richtet sich der Anspruch aus § 556 nach Beendigung des Mietverhältnisses „auch" gegen den Untermieter und sonstigen Gebrauchszessionar, so daß daneben freilich der alte Mieter verhaftet bleibt.

a) Es fragt sich, wie das rechtlich zu konstruieren sei?

α) Einige sehen darin einen Besitzstörungs- oder doch einen sonstigen Besitzanspruch. So Fuld S. 109; Kober-Staudinger Nr. III, 3; Borcherdt S. 63. Besondere Ausprägungen bei Hellwig, Verträge S. 421 ff., Rechtskraft S. 28 (Deutschrechtliche Mobiliarvindikation) und, wieder anders, Nissen, JW. 03 201 ff. Dagegen spricht schon die Stellung der Vorschrift im Schuld- statt im Sachenrecht, die auf Gleichartigkeit der Struktur schließen lassende Gleichstellung und Verbindung des Anspruches aus Abs. 3 mit dem zweifellos schuldrechtlichen aus Abs. 1 (s. besonders das Wort „auch" in Abs. 3). Ferner steht der Anspruch auch dem Vermieter einer unbeweglichen Sache zu, für die doch die Grundsätze deutschrechtlicher Mobiliarvindikation dem BGB. fremd sind, s. § 1007. Er ist ferner unabhängig vom Eigentum, steht möglicherweise selbst dem Nichteigentümer gegen den Eigentümer zu, was doch im Sinne des § 1007 nur bei Schlechtgläubigkeit des Beklagten zutreffen würde. S. gegen die hier bekämpfte Lehren auch Romeick, Zur Technik des BGB. II S. 14 ff.; Mittelstein S. 259.

Auf einen Besitzstörungsanspruch läuft es im Grunde hinaus, wenn Nissen den Anspruch des Abs. 3 aus zwei Tatbestandsstücken hervorgehen läßt: der Gebrauchsüberlassung an den dritten und der Rückgabeweigerung nach Aufforderung. Denn das läßt sich nicht mit Nissen als ein „objektives Mitwirken an der Obligationsverletzung durch den Mieter" erklären, da Obligationen nur der Schuldner verletzen kann. Es bleibt also nur die Annahme einer besonderen Ausweitung der Besitzansprüche, wogegen wiederum die obigen Ausführungen sprechen.

β) Die Annahme einer actio utilis (Fischer-Henle) oder einer actio in rem scripta (Dernburg, Planck) erklärt nichts, da das Erklärende selbst klärungsbedürftig erscheint. Auch haftet nicht jeder Drittbesitzer der Mietsache, sondern nur gerade der Untermieter; dieser aber nicht an Stelle des ersten Mieters, sondern neben ihm. Dies alles im Gegensatz zu der heraufbeschworenen Rechtsfigur! Ähnlich jener Annahme in gewissem Sinne freilich auch Romeick aaO. (s. unten c γ).

γ) Soweit bleibt nur die Annahme einer vertragsmäßigen Natur auch des Anspruchs aus Abs. 3.

aa) Wenn freilich die Denkschrift S. 106, ähnlich Mittelstein S. 259 sich damit begnügen, daß er „aus dem Vertrage des Vermieters entsprungen" sei, so befriedigt das nicht; es fehlt insbesondere der Nachweis, wieso aus dem Mietvertrage der daran gar nicht beteiligte Untermieter ohne weiteres hafte.

ββ) Ebensowenig führt die Annahme zum Ziele, daß der Anspruch des Mieters gegen den Untermieter mittels gesetzlicher Zession auf den Vermieter übergegangen sei, denn dann würde er nicht schon nach Beendigung des ersten, sondern erst nach der des zweiten Mietverhältnisses durchführbar sein.

γγ) In Aufl. 1 versuchte ich den Anspruch aus der Annahme zu erklären, daß der Untermieter durch Abschluß seines Vertrages **kraft gesetzlicher** („notwendiger") **Schuldübernahme** in die Verpflichtung seines Vermieters aus § 556 zur demnächstigen Rückgabe der Mietsache ohne weiteres eintrete, nicht an Stelle des, aber neben dem ursprünglichen Verpflichteten.

Dagegen ist zwar scharfer Widerspruch erhoben von Romeick (Zur Technik usw., II: Die abgeleitete Schuld S. 24 ff., 30); auch von Rappaport, Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis, S. 220. Aber mit Unrecht. Der Begriff der gesetzlichen kumulativen Schuldübernahme gehört auch sonst dem Gesetze an, s. z. B. § 419. Gegen seine Verwendung spricht nicht, daß der dritte nur in gewisse Mieterpflichten einrückt; es ist ja nichts weiter behauptet worden, als eine Übernahme speziell der Rückerstattungspflicht. Wenn Romeick die von ihm sogenannte „abgeleitete Schuld" (den Ausdruck gebraucht für unseren Fall auch Stammler, Einrede aus dem Rechte eines dritten S. 44—5) ihren „Stoff und Umfang" aus der Schuld des ersten Mieters entnehmen läßt, so kommt er in der Sache dem hier verteidigten Standpunkt so nahe, daß seine scharfe Polemik dagegen fast befremdlich wirkt. Und wenn Rappaport auf die Akzessorietät verweist, so erklärt das nichts: es gilt, den Ursprung der als akzessorisch feststehenden Schuld zu erklären!

Der hier vertretenen Konstruktion stimmen zu: Schollmeyer S. 66; Rosin S. 79 und Schubart S. 79 (s. Literaturangabe bei § 549).

b) Wie man auch über die Konstruktion denke: keinenfalls kann der Untermieter sich dem Anspruch gegenüber darauf berufen, daß sein Vermieter ihm noch zur weiteren Belassung der Sache verpflichtet sei. Wohl aber kann er die Beendigung der ersten Miete aus § 554 dadurch abwenden, daß er seinerseits den Mietzins des ersten Mieters vor vollzogener Kündigung begleicht, wozu er zwar nicht nach § 268 — der nur anwendbar ist, wenn ein dritter die Vollstreckung in eine dem Schuldner gehörige Sache betreibt, Mittelstein S. 262, anders zu Unrecht meine Aufl. 1 — wohl aber nach § 267 berechtigt ist.

Ebenso kann er auch wegen der **Verwendungen seines Vermieters** gemäß §§ 273, 547 die — bewegliche — Sache zurückhalten. Das letztere ist zwar im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber gemäß dem Recht der Schuldübernahme (s. § 417) wohl zweifellos auch hier anzunehmen. Ferner sagt ja Abs. 3, der Vermieter könne die Sache „auch" von dem dritten zurückverlangen, also doch wohl nicht unter für ihn günstigeren Bedingungen, als wenn er gegen den Mieter selbst klagt. Anders freilich Romeick aaO. S. 32 vom Standpunkt seiner von vornherein in der Person des Untermieters entstandenen „abgeleiteten Schuld" (s. oben). Dagegen weist Stammler aaO. eingehend nach, daß bei abgeleiteten Schulden der Nebenschuldner die Einreden aus dem Rechte des Urschuldners habe. Das muß, wenn überhaupt, auch hinsichtlich der Verwendungseinrede gelten.

Klagbare Ansprüche wegen der Verwendungen des Mieters hat der Untermieter dagegen selbstverständlich nicht.

Zweifelhaft könnte erscheinen, ob der Untermieter auch wegen **seiner eigenen Verwendungen** die Sache zurückbehalten darf. Ich möchte die Frage dann bejahen, wenn er aus seinem Verhältnis gegen den ersten Mieter Ersatzansprüche hat, und zugleich die Verwendungen unter § 547 fallen. Solche Verwendungen, die der Mieter einem andern zu ersetzen hat, muß er doch dem Vermieter gegenüber sinngemäß als eigene in Ansatz bringen können. So auch Romeick aaO.

Hat der Untermieter bereits vor Geltendmachung des Anspruches aus Abs. 3 gegen ihn die Sache dem ersten Mieter zurückgegeben, so entfällt fortan seine Haftung; sei es schon nach dem Wortlaut, indem von einer „Überlassung" fortan nicht mehr die Rede sein kann (so Hruza, Korrealobligationen S. 55 ff.), sei es wegen eingetretener, hier in der Regel schuldloser, Unmöglichkeit der Leistung (so Stammler aaO. S. 45).

4. **Der Anspruch gegen den Untermieter** ist nach dem zu 3) Gesagten gleichfalls ein **Anspruch aus dem Mietvertrage**; die Klage daraus hat also, wie die Räumungsklage gegen den Mieter selbst, gewisse prozessuale Eigentümlichkeiten: zuständig ist dafür das Amtsgericht (GVG. § 23 Nr. 2); das Urteil ist auf Antrag für vorläufig

vollstreckbar zu erklären, ZPO. § 709 Ziff. 1. Es kann auch schon vor Beendigung des Verhältnisses auf künftige Räumung geklagt werden, § 257 das. Die Räumungsfristen sind auch hier zu beachten.

5. **Rechtskraft; Vollstreckbarkeit:** Das Urteil gegen den ersten Mieter macht nicht Rechtskraft gegen den Untermieter, kann auch nicht gegen ihn zur Zwangsvollstreckung verwendet werden; es ist also, um auch ihn zur Räumung zu zwingen, eine besondere Klage gegen ihn nötig. Das ergibt sich aus § 425, s. auch Prot. S. 192—3, Denkschrift aaO. Anders nach ZPO. § 325, soweit der Untermieter erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Rückgabeanspruches zwischen Vermieter und Mieter den Besitz erlangt hat. So auch Crome § 237 Anm. 47.

Gegen die Rechtskrafterstreckung auch in diesem Fall Romeick S. 26—7, weil es sich nicht um Rechtsnachfolge, sondern höchstens um kumulative Schuldübernahme handle; auch Schollmeyer S. 67. Aber unter Rechtsnachfolge ist im Sinne des § 325 auch die Pflichtnachfolge zu verstehen, s. Hellwig, Rechtskraft passim, und zwar nicht nur die ausschließende, sondern auch die vervielfältigende, kumulative Pflichtnachfolge, Hellwig aaO. S. 177, 245. Wie es sich mit der Rechtskraft nach Hellwigs eigener Konstruktion verhalte, darüber s. das. S. 28, 355.

6. Die **Vertragsansprüche des Untermieters gegen den ersten Mieter** bleiben natürlich durch die Beendigung der Miete und die daraufhin gegen den Untermieter erzwungene Räumung unberührt; er kann jetzt im allgemeinen wegen des Erfüllungsinteresses den ersten Mieter in Anspruch nehmen.

7. Die Rückgabeansprüche des § 556 unterliegen **der ordentlichen Verjährung.**

§ 557.

Giebt der Mieter die gemietete Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurück, so kann der Vermieter für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung den vereinbarten Mietzins verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

E. I 525, E. II 499, RB. 550. — Mot. S. 415, Prot. II S. 218.

Die Bestimmung entspricht dem Landrecht (I, 21, § 335). Sie ist gemünzt auf die Fälle, wo eine stillschweigende Vertragsverlängerung im Sinne von § 568 aus diesem oder jenem Grunde nicht anzunehmen ist. Es handelt sich also hier trotz des gebrauchten Ausdruckes nicht um wirklichen Mietzins, sondern um Schadensersatz, der auch ohne besonderen nachweislichen Schaden als Mindestsatz nach dem Betrage des Mietzinses für die fragliche Zeit zu berechnen ist. Weitere Ersatzansprüche sind nicht ausgeschlossen, Satz 2, jedoch

a) muß die Höhe des Schadens dann erwiesen werden,

b) muß die Nichtzurückgabe auf einem nach den allgemeinen Grundsätzen vom Mieter zu vertretenden Umstande beruhen, was bei dem Anspruche aus Satz 1 mangels einer dahingehenden Beschränkung im Gesetze nicht anzunehmen ist.

§ 558.

Die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der vermieteten Sache sowie die Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in sechs Monaten.

Die Verjährung der Ersatzansprüche des Vermieters beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem er die Sache zurückerhält, die Verjährung der Ansprüche des Mieters beginnt mit der Beendigung des Mietverhältnisses.

Mit der Verjährung des Anspruchs des Vermieters auf Rückgabe der Sache verjähren auch die Ersatzansprüche des Vermieters.

E. II 500, RB. 551. — Prot. II S. 177—8, 194.

1. **Die kurze Verjährung** des § 558 bezieht sich nicht auf alle Ansprüche aus dem Mietverhältnis, sondern nur:

a) auf die Ansprüche des Vermieters aus §§ 545, 548 (in Verb. mit 276), 549 Abs. 2. Daß die dem § 558 unterworfenen Ersatzansprüche gerade Ansprüche aus dem Mietverhältnis seien, sagt der Wortlaut nicht. Daraus entnimmt das OLG. Hamburg in Rspr. VIII S. 395 (Seuffert 60 Nr. 206), die Bestimmung sei anwendbar auf alle Fälle von Beschädigung, „mögen sie herzuleiten sein aus welchen Bestimmungen auch immer". Das ist bedenklich. Warum sollte ein deliktischer Entschädigungsanspruch der kurzen Verjährung unterworfen sein? Die Stellung des § 558 mitten im Vertragsrecht dürfte auch für die Abgrenzung seines Anwendungsgebietes maßgebend sein. Wie hier Kober-Staudinger Nr. 1.

b) auf die Ansprüche des Mieters aus § 547.

Dagegen nicht auf die Ansprüche des Vermieters aus §§ 550, 553, 556, weil das keine Ersatz-, ebensowenig auf die des Mieters aus §§ 538, 541, weil das keine Verwendungsansprüche sind.

2. **Der Beginn** der kurzen Verjährung tritt ein (Abs. 2):

a) bez. der Ansprüche des Vermieters mit dem Rückempfang der Sache; vorher verjähren sie nach Abs. 3 nur gemeinsam mit diesem Rückgabeanspruch selbst, d. h. in 30 Jahren. Das ähnlich wie bei Zinsansprüchen nach § 224.

b) bez. der Ansprüche des Mieters mit der Beendigung des Mietverhältnisses (s. §§ 542, 553 ff., 564 ff.).

3. Wegen **der Berechnung der Frist** s. §§ 186 ff., 194 ff.

4. Daß die Verjährung der Ansprüche aus § 558 dem Vermieter nicht sein gesetzliches Pfandrecht aus § 559 entziehe, ergibt sich aus § 223 Abs. 1. So auch OLG. Karlsruhe vom 10. XII. 1903, Badische Rechtspraxis 04 S. 75.

§ 559.

Der Vermieter eines Grundstücks hat für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters. Für künftige Entschädigungsforderungen und für den Mietzins für eine spätere Zeit als das laufende und das folgende Mietjahr kann das Pfandrecht nicht geltend gemacht werden. Es erstreckt sich nicht auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen.

E. I 521[1], E. II 501, RB. 552. — Mot. S. 402—7, Prot. II S. 194—207, D. S. 107—10.

Literatur: Siber, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, 1900; Diss. von Rubner, Erlangen 1901.

1. **Allgemeines:** Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters eines Grundstückes an den invecta et illata des Mieters ist bekanntlich nach dem Muster des RR. im GR. und den meisten modernen Gesetzgebungen ausgebildet, so im Landrecht I, 21, § 395; das SächsGB. § 1228 gab nur ein Rückbehaltungsrecht, der Code Art. 2102 Nr. 1 ein darüber hinaus wenigstens mit gewissen Wirkungen gegen dritte ausgestattetes Perklusions- und Vorzugsrecht. Für den Fall des Konkurses hatte ferner die bisherige Konkursordnung in § 41 Nr. 4 dem Vermieter allgemein ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters verliehen, das als „Quasifaustpfandrecht" ein Recht auf abgesonderte Befriedigung gewährte.

Das BGB. hat sich ungeachtet mehrfacher gegen das Institut laut gewordener, vom sozialen Standpunkt aus nicht unerheblicher Bedenken dem Gemeinen und Landrecht angeschlossen; es gewährt dem Vermieter wegen seiner **Forderungen aus dem Mietverhälinis** — und zwar grundsätzlich wegen aller solcher, vorbehaltlich nur der Ausnahmen in S. 2 (s. unten Nr. 4b) — ein wahres **gesetzliches Pfandrecht.**

Die ursprüngliche Auffassung des RR. von einer im Mietvertrage liegenden stillschweigenden Verpfändung (pignus quod tacite contrahitur), schon bisher ohne wesentlichen Einfluß auf die dogmatische Gestaltung, spielt für das neue Recht keine Rolle mehr. Andererseits finden nach § 1257 die Vorschriften über die vertragsmäßigen auf die gesetzlichen Pfänder entsprechende Anwendung.

2. **Anwendungsgebiet:** Das gesetzliche Pfandrecht greift zunächst nur Platz bei Miete von Grundstücken, doch stehen diesen auch im Sinne des Pfandrechts nach § 580 Wohn- und andere Räume, also bloße Grundstücksteile, gleich.

3. **Gegenstände:**

a) das Pfandrecht greift Platz an **eingebrachten** Sachen. S. über den Begriff Mittelstein S. 179ff, Siber S. 21ff., Meikel Bl. f. RA. 69 S. 413ff. Es ist dazu zu bemerken:

α) Zur „Einbringung" genügt wohl, daß die Sachen sich auf dem Mietgrundstück befinden; daß sie gerade in die gemieteten Räume oder auch nur in das Miethaus gebracht seien, ist nicht unbedingt nötig. Anders freilich Meikel, Kober-Staudinger Nr. IV, 1a und Mittelstein § 49 Anm. 4, wie hier Siber, der zutreffend darauf hinweist, daß auch der Fortbestand des Pfandrechts nicht an strengere Erfordernisse geknüpft, und nicht anzunehmen sei, daß seine Entstehung mehr erschwert sei als die Fortdauer.

β) Es genügt ein nur auf gewisse Dauer bestimmtes Einbringen, z. B. der Mieter bringt aus seiner Stadt- in die Sommerwohnung einige Bücher zum Zweck der Lektüre oder einer sonstigen vorübergehenden Benutzung. Bedenken dagegen werden durch § 560 S. 2 vermieden. Wie hier mit Recht Siber S. 27.

Daher ist auch nicht anzunehmen, daß Baargeld vom Pfandrecht ausgenommen sei, RG. in Bl. f. RA. 68 S. 244ff., auch Mittelstein S. 182 gegen Scherer. Allerdings ist das Pfandrecht daran von problematischem Wert nach § 560 cit.; aber es bewährt seine Kraft, solange das eingebrachte Geld sich auf dem Grundstück befindet.

γ) Andernfalls muß die Einbringung gerade in Verfolg des Mietverhältnisses vollzogen sein, Mittelstein S. 180; die etwa vom Mieter einem andern Mieter desselben Hauses oder dem Hauswirt verliehenen oder vermieteten Sachen fallen nicht unter § 559. „Auf Grund des Mietverhältnisses" befinden sich aber auch solche Sachen in der Wohnung, die der Mieter von einem früheren Bewohner übernommen und darin belassen hat, z. B. Öfen und Badeeinrichtungen.

δ) Die Einbringung ist eine Willenshandlung von rechtlicher Bedeutung, weil sie rechtliche Wirkungen auslöst. Sie setzt daher Geschäftsfähigkeit des Mieters voraus; für den Geschäftsunfähigen kann nur sein gesetzlicher Vertreter wirksam die Einbringung vornehmen.

Aber keineswegs ist sie darum Rechtsgeschäft; es ist gleichgültig, ob und welche Wirkungen der Einbringende sich als damit verbunden vorstellt (s. auch Siber S. 38). Sie ist vielmehr Willensakt nur insoweit, als der Wille sich auf die Einbringung als Tatsache richten muß. Ob die Vorschriften über die beschränkte Geschäftsfähigkeit sich auf derlei nichtgeschäftliche Willensakte beziehen, daher auch der geschäftsbeschränkte Mieter der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf (so Siber S. 35ff., 39), ist thema probandum und bedarf noch näherer Untersuchung. Vorläufig scheint mir die Verneinung der Frage mehr für sich zu haben als ihre Bejahung. Jedenfalls werden wir gut tun, alle etwa aus der früheren Vorstellung eines pignus quod tacite contrahitur zu ziehenden Folgerungen fürderhin auszuschalten.

b) Es greift nur Platz bei eingebrachten **Sachen**, d. h. körperlichen Gegenständen, § 90.

Keine selbständigen Sachen sind, gelten also auch nicht als eingebracht, die **Schuldurkunden** und auf den Namen gestellten **Lebensversicherungspolicen**. Sie sind, wie sich schon aus § 952 ergibt, nur Akzessionen der durch sie bekundeten Forderungen.

Anders steht es mit Inhaber- und sonstigen Wertpapieren, s. §§ 793ff. und Bem. dazu. Das ist wegen der Inhaberpapiere, die ja auch im Sinne der Verpfändung als Sachen behandelt werden (§ 1293), unbestritten.

Zweifelhaft ist die Frage bei Order- und anderen nicht zu den Inhaber- gehörigen Wertpapieren. Gegen ihre Unterstellung unter das Pfandrecht Siber S. 14, weil sie nach § 1292—3 in Hinsicht des Pfandrechts nicht, wie die Inhaberpapiere, den Sachen gleichgestellt seien. Ebenso Kober-Staudinger Nr. IV, 1a a. E. Für die Gleichstellung aber die weitaus herrschende Lehre, so Crome § 244, Dernburg § 229

Anm. 6, Jäger, Kommentar zur KO. § 49 Anm. 18. Wohl mit Recht — die Sonderbestimmung des § 1293 kann hier, wo nicht eine Verpfändung, sondern nur die Auslegung des Wortes „Sachen" in Frage steht, nicht ausschlaggebend sein. Und ein Papier, das „Wertpapier" ist, ist eben im Sinne des Lebens und des Rechtes ein solches, das, wenn auch nur vermittelst eines damit in Existenz oder Ausübung verbundenen Rechtes, schon selbst einen Wert verkörpert. Wertpapiere den Sachen gleich zu behandeln, scheint somit der unbefangenen Auslegung am ehesten zu entsprechen, mag es auch, zugegeben, nicht überall durchführbar sein (so wohl nicht wegen der Schenkung im Fall von § 518, s. Bem. 3c dazu).

Keinenfalls gehören zu den eingebrachten Sachen Versicherungsansprüche, die an Stelle vernichteter Illaten treten, Jäger aaO. Anm. 18, Mittelstein S. 181, anders Scherer.

Wegen des Geldes s. oben aβ. — Auch Haustiere sind zu den eingebrachten Sachen zu rechnen, Mittelstein S. 182.

c) Unter den „eingebrachten Sachen" sind nur selbständige, bewegliche Sachen zu verstehen. Baulichkeiten, die der Mieter in Ausübung seines Mietrechtes auf dem Grundstück errichtet hat, sind schwerlich darunter zu rechnen, auch dann nicht, wenn sie nach § 95 nicht zu den Bestandteilen des Grundstücks gehören. So RG. in Rspr. I Nr. 271 S. 438. Das ist wichtig wegen des Sperrrechtes aus § 561; der Vermieter hat also keinen Anspruch auf Erhaltung des errichteten Bauwerkes; nur an den Abbruchsmaterialien wird ihm das Pfandrecht zuzubilligen sein.

Ähnliches gilt von sonstigen Einrichtungen des Mieters im Sinne von § 547. Sie sind als solche dem Pfandrecht nicht unterworfen, indem nicht sie, sondern nur ihre sachlichen Substrate (eingebrachte) Sachen darstellen können. Nur diese Substrate sind somit dem Vermieterpfandrecht unterworfen. Dies freilich trotz § 547 Abs. 2 Satz 2. Denn das Wegnahmerecht ist das allgemeine Institut, das, soweit die Mietschuld noch nicht beglichen ist, in seiner Ausübung durch das Vermieterpfandrecht zwar noch nicht ausgeschlossen, aber in seiner vollen Durchführung gehemmt wird.

4. **Beschränkungen:** Das Institut wird vom neuen Recht bedeutenden Beschränkungen unterworfen:

a) es fallen, im teilweisen Gegensatz zum Landrecht und zum Code, nur die Sachen des Mieters darunter, also weder die des Untermieters, noch die der nicht mit ihm in Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau des Mieters, seiner sonstigen Familienmitglieder und Dienstboten, auch nicht die in der Wohnung befindlichen Sachen fremder Personen (z. B. die von einem dritten auf Abzahlung dem Mieter übergebenen).

Selbst der gute Glaube des Vermieters, der in derlei Sachen Befriedigungsobjekte zu finden wähnte, kann daran nichts ändern. So auch die ganz überwiegende Lehre in Theorie und Praxis, s. besonders Siber S. 32 ff. und dort zitierte, ferner Bieringer, JW. 01 879—80, Brückner, Recht 01 525 ff, jetzt auch Endemann § 169 Anm. 68; aus der Praxis: RG. vom 22. XI. 1900 in Rspr. II Nr. 49 S. 80, OLG. Colmar das. III S. 28, OLG. Dresden vom 24. III. 1902 das. IV S. 329.

Anders nur ein Erk. des LG. I Berlin vom 21. VII. 1901 im „Recht" 01 492—3, ferner Scherer, DJZ. 00 202—3, 318 mit nichtssagenden Gründen, s. gegen ihn Labes das. S. 225, Mannhardt, Recht 00 296.

Die herrschende Meinung rechtfertigt sich dadurch, daß die Regeln über den gutgläubigen Erwerb (§§ 932 ff., 1207) nur für den rechtsgeschäftlichen, nicht auch für den gesetzlichen Erwerb aufgestellt sind, und eine analoge Erstreckung dieser bei aller Bedeutung und inneren Berechtigung immerhin singulären Sätze ganz unzulässig erscheint. Wo das BGB. eine solche wünscht, hat es das bekanntlich überall sorgfältig angeordnet.

Allerdings kann der die Fremdheit der eingebrachten Sachen verschweigende Mieter sich wegen absichtlicher Täuschung nach den Regeln der unerlaubten Handlungen dem Vermieter verantwortlich machen; event. können auch die Sätze des Anfechtungsrechtes (KO. §§ 31—2) Anwendung finden. Endlich kommt dem Vermieter die Vermutung des § 1362 zu gute.

Will der Vermieter sich weiter sichern, so muß er den Mietvertrag zugleich mit der Ehefrau bezw. den sonstigen Angehörigen des Mieters schließen, oder aber sich ihre Sachen speziell verpfänden lassen gemäß §§ 1204 ff. Doch ist der letztere Weg nur ausnahmsweise gangbar, da die Verpfändung nur unter Besitzüberlassung wirksam

ist, Siber S. 29, wovon in unserem Falle mangels besonderer gesetzlicher Anerkennung schwerlich eine Ausnahme gemacht werden darf. Denn ein vertragsmäßig erstrecktes gesetzliches Pfandrecht ist eben insoweit kein gesetzliches mehr, sondern selbst ein den Vertragsregeln unterworfenes Vertragspfandrecht. Doch wird es zur Haftung des Frauengutes genügen, wenn die Frau in dem Vorbem. 5 vor § 535 entwickelten Sinn dem Mietverhältnis nur akzessorisch beigetreten ist; denn sie ist dann immerhin, wennschon unselbständige, Mieterin.

b) Im Gegensatz zu den bisherigen Rechten und dem Entwurf I, aber mit der neueren Spezialgesetzgebung (Reichsgesetz vom 9. V. 1894 betr. die Abänderungen des § 41 der KO.) wird der **Umfang der Forderungen**, für die das Pfandrecht geltend gemacht werden kann, nunmehr auch über den Fall des Konkurses hinaus **beschränkt**; es deckt nicht

α) **künftige Entschädigungsforderungen**, etwa aus §§ 545 Abs. 2, 549 Abs. 2. Wegen ihrer kann der Vermieter also die Wegschaffung der Sachen nicht hindern; wohl aber haften ihm dieselben wegen einmal entstandener bestimmter Ansprüche dieser Art. Ueber den Begriff der „künftigen Entschädigungsforderungen" s. Siber S. 11. Es kann sich dabei nicht um Ansprüche handeln, die überhaupt erst infolge künftiger Umstände entstehen, sondern nur um solche, die durch Hinzutritt eines weiteren Umstandes zu dem übrigens schon vorhandenen Entstehungstatbestand — dem Vertragsverhältnis — zur Entstehung kommen und deshalb als Ansprüche aus diesem behandelt werden, z. B. Ansprüche wegen Beschädigung der Mietsache. S. auch RG. 54 Nr. 79 S. 301 ff., wo mit Recht solche Entschädigungsforderungen als künftige bezeichnet werden, bei denen der Grund für den späteren Schaden schon gelegt, dieser nur noch nicht eingetreten ist; ferner OLG. Braunschweig Rspr. VII S. 15.

β) Ansprüche auf den Mietzins für eine **spätere Zeit** als das zur Zeit der Geltendmachung laufende und folgende Miet- (nicht Kalender-) jahr. Ueber den Begriff des laufenden Mietjahres s. näher DJZ. 05 212, 257.

Auch bei unbestimmter Mietsdauer kann das Pfandrecht für die genannte Zeit geltend gemacht werden, nicht nur für die Zeit bis zum erstmöglichen Kündigungstermin, OLG. Hamburg in Rspr. III S. 236.

Von diesen Ausnahmen abgesehen sichert das Pfandrecht alle Ansprüche aus dem Mietverhältnis, also insbesondere auch Mietzinsforderungen wegen bereits vergangener Termine, so lange sie noch nicht verjährt sind, ferner auch Ansprüche wegen der Nebenleistungen des Vermieters, z. B. des dem Chambregarnisten gelieferten Frühstücks; so mit Recht Fuld S. 174, Mittelstein S. 185, OLG. Celle Rspr. IX S. 296 (wegen des „Wassergeldes"). Anders freilich Erk. bei Seuffert 42 Nr. 180 S. 254 (ohne Gründe). S. auch Kober-Staudinger Nr. VI, 2b und dort zitierte. Auf Ansprüche aus solchen Nebenabreden dagegen, die nicht mit dem Mietvertrag in einer inneren Beziehung stehen, ist das Pfandrecht nicht zu erstrecken, z. B. wenn der Mieter eines Restaurants sich zur Bierentnahme vom Vermieter verpflichtet hat, RG. 1. XI. 1904 in JW. 34 19.

c) Eine wesentliche, sozial wichtige und wohltätige Modifikation enthält Satz 3, wonach **die unpfändbaren Sachen** — im Sinne von § 811 ZPO. — dem Pfandrecht nicht unterworfen sein sollen. Im bisherigen Recht war die Frage bestritten und wurde vom RG. (Entsch. 18 Nr. 100 S. 425 — Preußisches Recht) bejaht, während die Theorie seit den überzeugenden Ausführungen von Eck (Berliner Festgabe für Gneist, 1888) meist das Gegenteil annahm (Literaturangaben das. S. 11 Nr. 22). Die Ausnahme entspricht dem sozialen Charakter der Pfändungsbeschränkungen: „es würde inkonsequent sein, ein gesetzliches Pfandrecht in betreff derjenigen Sachen zuzugestehen, deren Abpfändung aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt und im öffentlichen Interesse gesetzlich verboten ist", Mot. S. 406.

Nach ihrem ganzen Charakter, wie auch dem kategorischen Wortlaut, ist die Beschränkung des Satzes 3 **zwingendes Recht**; ein vertragsmäßiger Verzicht darauf ist vollständig unwirksam.

Das ergibt sich auch aus der weiteren Erwägung, daß das auf die dem gesetzlichen Pfandrecht nicht unterworfenen Sachen erstreckte höchstens die Eigenschaft eines vertragsmäßigen Pfandrechts haben, als solches aber nicht ohne Besitzübertragung wirksam bestellt werden könnte. So mit Recht Mittelstein S. 52, Siber S. 19.

Während insoweit allgemeines Einverständnis zu herrschen scheint, hat das RG. in Strafsachen Bd. 35 Nr. 60 S. 151 ff. dahin entschieden, daß dem Vermieter an

den unpfändbaren Mietsachen vertragsmäßig zwar kein Pfand-, wohl aber ein **Zurückbehaltungsrecht** eingeräumt werden könne, mit der Wirkung, daß nicht nur der Mieter verpflichtet sei, die Illaten auf dem Grundstück zu belassen, sondern er sich auch durch ihre Wegschaffung nach § 289 RStGB. strafbar mache. Dagegen hat sich ein fast allgemeiner Widerspruch erhoben; so, mit verschiedenen Begründungen, die Aufsätze in der DJZ **02** 314–5 (Altvater), S. 386 (Mittelstein), **03** 136ff. (Oertmann), S. 172 (Mittelstein); im „Recht" **02** 610 (Brettner), **03** 70 (Geiershöfer), S. 169ff. (Hellwig), ferner v. Blume, Bl. f. RA. **69** 1ff., Herbst, Braunschweiger Zeitschr. **50** 113; Martinius, ArchZivP. **96** 114ff., Kober-Staudinger Nr. V, 4. Für das RG. allein Ortloff, ArchBürgR. **22** 281ff. Trotzdem hat das RG. in übelangebrachter Hartnäckigkeit seinen sogar vom Staatssekretär Dr Nieberding im Deutschen Reichstag öffentlich beklagten Standpunkt festhalten zu sollen den Mut gefunden, Strafsenat III vom 14. IV. 1904, RG. Str. **37** 118ff. Dagegen wiederum v. Blume, Recht **05** 42, Mittelstein, DJZ. **05** 58.

Die Gründe beider reichsgerichtlicher Erkenntnisse sind verfehlt, keinesfalls überzeugend. Ein Zurückbehaltungsrecht setzt ein Behalten, ein Herrschaftsverhältnis über die zu retinierende Sache voraus, eine Passivlegitimation des Rückbehaltungsberechtigten gegenüber einem nur dadurch gehemmten Anspruch des Gegners. Dem Vermieter aber steht ein Besitz oder eine sonstige Herrschaft hinsichtlich der eingebrachten Sachen in keiner Weise zu; er wäre zu einem Herausgabeanspruch, den er durch Zurückbehaltung abwenden könnte, gar nicht passiv legitimiert. Was nach § 561 vorliegt und also allenfalls einer vertragsmäßigen Erweiterung fähig wäre, ist vielmehr nur das mit dem Zurückbehaltungsrecht keineswegs identische Sperr- oder Perklusionsrecht. Diese Verschiedenheit gibt neuerdings auch das RG. zu. Aber dann entfällt jede Berechtigung, dieses besondere Recht unter den nur vom Pfand- und Zurückbehaltungsrecht handelnden § 289 StGB. zu bringen. Dort ist der Begriff Zurückbehaltungsrecht nicht weiter erläutert, also als ein vom Bürgerlichen Recht übernommener und somit in seinem Anwendungsgebiet durch dieses und seine Wandlungen bestimmter zu erachten. Daß das Strafrecht ihn besonders hätte begrenzen können, macht nichts aus, da es das eben nicht getan hat.

Ob der hier in Frage stehenden Vereinbarung überhaupt keine Rechtswirkung zukomme, ist eine andere Frage. Einige neigen dahin, sie vollauf für nichtig zu erklären, sei es, weil sie unsittlich sei oder gegen gesetzliches Verbot verstoße, sei es, weil der Vermieter an der Zurückhaltung von Sachen, die er doch nicht pfänden könne, kein berechtigtes Interesse habe (so Hellwig S. 171). Aber auch wenn man mit den meisten (so Kober-Staudinger, Martinius, Mittelstein, Oertmann) die Vereinbarung grundsätzlich als wirksam erachtet, begründet sie doch höchstens eine mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln und -folgen geschützte persönliche Verpflichtung, die eingebrachten Sachen nicht wegzuschaffen. Der Selbsthilfe kann der Vermieter sich zu seinem Schutze nur nach Maßgabe der allgemeinen Regeln (s. § 229) bedienen. S. über Bedeutung und Wirkungen dieses vertragsmäßigen Sperrrechts auch v. Blume, Recht aaO.

d) Zweifelhaft ist, ob auch die eingebrachten Sachen vom gesetzlichen Vermieterpfandrecht frei seien, die zwar gepfändet werden können, aber nicht gepfändet werden sollen (§ 812 ZPO.)? So behauptet mit guten Gründen Jastrow, Arch. f. soziale Gesetzg. **12** 615–6. Dagegen spricht freilich der Wortlaut des § 559, aber es ist mit J. zu beachten, daß bei dessen Schaffung die künftige Ausdrucksweise des späteren Gesetzes nicht vorauszusehen war; der Sinn entscheidet m. E. für die Ausdehnung. So auch Kober-Staudinger Nr. V 1b, Neumann Nr. 3b, Türcke-Niedenführ Nr. 10. Anders freilich die meisten, so Mittelstein S. 182, Siber S. 17, Jäger zu KO. § 47 Anm. 19, Planck Nr. 3.

5. Steht das Pfandrecht auch dem **Zessionar** des Vermieters zu? Er ist nicht „Vermieter", wenn ihm auch ein aus dem Mietverhältnis entsprungener Anspruch übertragen ist, und darum will Fuld S. 198 die Frage unter Berufung auf eine ältere Entscheidung des RG. (Rspr. des RG. 6 543) mangels besonderer Übertragung auch des Pfandrechts verneinen. Mir erscheint das gegenüber dem Prinzip des § 401, der dem Zessionar die Pfandrechte des Zedenten, also nach § 1257 auch die gesetzlichen, ausdrücklich zuspricht, als sehr bedenklich; die gegenteilige Anschauung hat nicht den mindesten Anhalt im Gesetz. Daß der (mittelbare) Besitz der Mietsache eine begriffliche Voraussetzung für das Pfandrecht sei, behauptet auch Fuld nicht, indem

er ausdrücklich Abtretung desselben gestattet. Wie hier auch Siber S. 74ff. (ausführlich und gut), Mittelstein S. 188—9, Kober-Staudinger III, 3.

6. **Für den Fall des Konkurses** gilt jetzt KO. zu § 49 Nr. 2, wonach das Pfandrecht noch weiter beschränkt ist; es kann auch nicht geltend gemacht werden:

a) wegen des Mietzinses für eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens;

b) wegen der infolge einer Kündigung des Verwalters entstandenen Entschädigungsansprüche.

7. Über den **Beweis** s. ausführlich Siber S. 64ff.

8. **Verhältnis mehrerer Pfandrechte:**

a) Das Verhältnis des Vermieter- zum Pfändungsrecht ist teilweise in § 563 geregelt. Übrigens kann es, als eine wesentlich prozeßrechtliche Frage, hier nicht näher behandelt werden, s. darüber gut Mittelstein S. 201ff., Siber S 45ff., Brückner, Recht 05 180, auch OLG. Hamburg bei Seuffert 57 Nr. 33 S. 57.

Es kommen dabei besonders zwei Fragen in Betracht:

α) Ist der Vermieter auch dem Pfändungsgläubiger gegenüber an die Frist des § 561 gebunden? S. darüber näher bei § 561 Nr. 4.

β) Kann er, wenn er aus dem Pfanderlös nicht befriedigt wird, den verkaufenden Pfändungsgläubiger wegen ungerechtfertigter Bereicherung in Anspruch nehmen? Diese berühmte Frage wird von Mittelstein S. 204, Siber S. 46 verneint, von der herrschenden Meinung, so auch neuestens Brückner aaO. bejaht, s. weitere Angaben in den Kommentaren zu ZPO. § 805 sowie bei Kober-Staudinger zu § 563 Nr. 1, 3 Bejahend auch OLG. Stettin vom 1. XI. 1901 in Rspr. III S. 357 und vom 6. II. 1904 in der PosMSchr. 04 52. M. E. ist die Frage zu verneinen, da der Pfändungsgläubiger nicht bereichert ist, vielmehr in Höhe des vom Gerichtsvollzieher in Empfang genommenen Erlöses nach den Bestimmungen der ZPO. ohne weiteres seinen Anspruch gegen den Schuldner verloren hat. Bereichert ist also nur dieser.

b) Über das Verhältnis mehrerer konkurrierender Vermieterpfandrechte (bei Umzug des Mieters) s. Siber S. 43, Mittelstein S. 205. Das ältere geht dabei dem jüngeren vor, auch kann sich der zweite Vermieter nicht etwa auf gutgläubigen Erwerb dem ersten gegenüber berufen. — Über das Verhältnis der Pfandrechte des veräußernden Vermieters und des Erwerbers s. Siber S. 74ff., Kober-Staudinger Nr. III, 2.

§ 560.

Das Pfandrecht des Vermieters erlischt mit der Entfernung der Sachen von dem Grundstück, es sei denn, daß die Entfernung ohne Wissen oder unter dem Widerspruch des Vermieters erfolgt. Der Vermieter kann der Entfernung nicht widersprechen, wenn sie im regelmäßigen Betriebe des Geschäfts des Mieters oder den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entsprechend erfolgt oder wenn die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters offenbar ausreichen.

E. I 521², E. II 502, RB. 555. — Mot. S. 407—9, Prot. II S. 207—8, DS. 110.

1. **Allgemeines:** Das GR. ließ die Fortschaffung der Sachen auf das Pfandrecht ohne Einfluß sein, es liege denn darin ein ausdrücklicher oder stillschweigender (s. Entsch. d. ROHG. 6 Nr. 65 S. 288) Verzicht des sie duldenden Vermieters. Dagegen machte umgekehrt das Landrecht nach der herrschenden Ansicht (s. Dernburg, Privatrecht I § 364 No. 7—9) den Bestand des Pfandrechts abhängig vom Verbleiben der Illaten in der Mietwohnung und ließ nur ausnahmsweise eine, heimliche oder gewaltsame, unberechtigte Fortschaffung nicht zur Beseitigung ausreichen. Ähnlich Code Art. 2102, und im SächsGB. § 1228 fiel auch die letzterwähnte Ausnahme.

Das BGB. schließt sich im allgemeinen dem Preußischen Recht an. An sich ist darum das Pfandrecht an das Verbleiben der Illaten auf dem **Grundstück** — nicht notwendig gerade in dem darin speziell gemieteten **Raum** (§ 580), Prot. S. 207, s. näher Siber S. 25 — gebunden; nur ausnahmsweise erhält es sich, wenn die Entfernung „ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters" erfolgt. Das

Vorhandensein dieser Ausnahmen als solcher muß der Vermieter beweisen. Grobfahrlässige Unkenntnis von der Entfernung steht nach den Grundsätzen des BGB. dem Wissen nicht gleich, s. Bem. zu § 166 Abs. 2. Der „Widerspruch" braucht nicht notwendig ausdrücklich erklärt zu sein; er kann sich auch aus den Umständen als eingelegt ergeben, z. B. der Vermieter schickt die zur Abholung der Sachen bestellten Leute nach Hause oder verbietet ihnen den Zutritt. Jedoch dürfte ein allgemeiner Vorbehalt im Vertrage nicht genügen; der Widerspruch muß immer Beziehung auf einen konkreten Fall haben.

Kenntnis des Hausverwalters (Vizewirts) dürfte der des Vermieters selbst im Sinne des § 560 grundsätzlich nicht gleichstehen, Mittelstein S. 191 Anm. 11. Jener hat selten die nötige Beurteilungsmöglichkeit über die Sachlage noch auch die nötige Autorität dem Mieter gegenüber; schwerlich ist somit die Ausübung des Widerspruchsrechtes als auf ihn übertragen zu unterstellen. Doch kann im Einzelfall umgekehrt zu entscheiden sein: hat insbesondere der Verwalter allgemeine Vollmacht zum Abschluß von Mietverträgen, so wird darin auch eine solche zur Vornahme oder Unterlassung des Widerspruches im Sinne von § 560 zu finden sein.

Ob der Mieter selbst oder ein dritter (Käufer, Pfandgläubiger usw.) die eingebrachten Stücke fortschafft, macht keinen Unterschied, Mittelstein S. 192.

Sind unter der das Pfandrecht vernichtenden „Entfernung" aber auch die Fälle einer Wegnahme der eingebrachten Sachen durch den Gerichtsvollzieher zu verstehen? Die Frage wäre an sich zu bejahen. Aber hier greift ZPO. §§ 805, 808 ein. Danach kann der Vermieter eine solche Entfernung, unbeschadet seines Rechtes auf den Erlös, nicht hindern. Das ist unvereinbar mit der Regelung in § 560, der somit in derartigen Fällen zurückstehen muß (Kiese, DJZ. 03 175). Ob das auch von § 561 gelte, ist unten zu erörtern.

2. Liegen die Ausnahmen vor, so bestimmen sich die **Wirkungen einer demungeachtet erfolgten Fortschaffung** nach § 561. Jedoch ist dabei vorausgesetzt, daß der Widerspruch zu Recht erfolgt sei, s. Nr. 3.

3. Unter Umständen darf der Vermieter der Fortschaffung nicht widersprechen; sein demungeachtet etwa erhobener Widerspruch ist unbeachtbar und kann nötigenfalls mit gerichtlicher Hilfe, insbesondere auch mittels einstweiliger Verfügungen, §§ 935ff. ZPO., beseitigt werden.

Die Fälle sind — von dem bereits oben Nr. 1 a. E. erwähnten prozeßrechtlichen Fall des § 805 ZPO. abgesehen — in Satz 2 angegeben. Dazu ist zu bemerken:

a) im regelmäßigen Betriebe des Geschäfts werden entfernt z. B. Waren aus dem Warenlager; den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entspricht die zeitweilige Entfernung von Sachen, die man auf Reisen, Ausflügen mitnimmt, ausbessern läßt, einem Bekannten leiht; aber auch die dauernde Entfernung abständiger, durch neue zu ersetzender Möbel, Kleider, Bücher.

b) darüber hinaus darf der Entfernung nicht widersprochen werden, wenn die verbleibenden Sachen offenbar zur Sicherung des Vermieters genügen. Auf langwierige Untersuchungen braucht er sich also nicht einzulassen; es muß sofort und zweifellos dargetan werden können, daß die Fortschaffung seine Interessen nicht gefährdet. Hierhin gehört z. B. der Fall, daß ein alter, pensionierter Beamter oder Gelehrter seine Bibliothek veräußert, während das wertvolle Mobiliar zurückbleibt. S. auch Fuld S. 185.

Der **Beweis** dieser Ausnahmen liegt, wenn der Vermieter den erhobenen Widerspruch dargetan hat, dem Mieter ob. Liegen die Voraussetzungen aber erweislich vor, so kann der Vermieter auch wegen **fälliger Ansprüche** der Fortschaffung dieser Sachen nicht widersprechen. Ebenso ist dieselbe dem Mieter in solchen Fällen auch ohne Wissen des Vermieters gestattet.

Durch die Entfernung der zu a—b gehörigen Sachen erlischt das Pfandrecht auch trotz etwaigen Widerspruches des Vermieters, und zwar selbst dann, wenn sie durch einen Gerichtsvollzieher im Wege der Pfändung erfolgt ist — hier entfällt das dem Vermieter sonst nach ZPO. § 805 zustehende Vorrecht auf den Erlös. So auch OLG. Kiel in Rspr. VII S. 463. (Der Fall darf nicht mit dem oben Nr. 1 a. E. besprochenen verwechselt werden, wo Pfändung der nicht unter Satz 2 gehörigen Illaten in Frage stand.)

Werden die Sachen der hier in Frage kommenden Art nach der Entfernung wieder zurückgebracht, so entsteht das Pfandrecht neu, nicht lebt das erloschene wieder auf, was wegen des Ranges wichtig sein kann, Siber S. 81.

Satz 2 dürfte **zwingendes** Recht darstellen, **Mittelstein** S. 52, **Fuld** S. 53, da er offenbar eine soziale Schutzvorschrift für den Mieter darstellt, dessen Wirtschaft dadurch vor unbilligen Zumutungen des Vermieters geschützt werden soll.

4. Im übrigen sind die Beendigungsgründe des Pfandrechts die gewöhnlichen; insbesondere kommt auch § 936 dafür in Betracht.

§ 561.

Der Vermieter darf die Entfernung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen, soweit er ihr zu widersprechen berechtigt ist, auch ohne Anrufen des Gerichts verhindern und, wenn der Mieter auszieht, die Sachen in seinen Besitz nehmen.

Sind die Sachen ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters entfernt worden, so kann er die Herausgabe zum Zwecke der Zurückschaffung in das Grundstück und, wenn der Mieter ausgezogen ist, die Überlassung des Besitzes verlangen. Das Pfandrecht erlischt mit dem Ablauf eines Monats, nachdem der Vermieter von der Entfernung der Sachen Kenntnis erlangt hat, wenn nicht der Vermieter diesen Anspruch vorher gerichtlich geltend gemacht hat.

E. I 521²⁻³, E. II 503, RV. 454. — Mot. S. 409—10, Prot. II S. 208—9, D. S. 111.

1. **Allgemeines:** Entsprechend der herrschenden Lehre des Gemeinen und Preußischen Rechts gewährt § 561 dem Vermieter zur Sicherung des Pfandrechtes auch ein sogen. **Perklusionsrecht**, ohne welches das Pfandrecht in der Tat „einen großen Teil seines Wertes verlieren würde", Mot. S. 409. Das ist kein wahres **Zurückbehaltungsrecht** (s. oben Nr. 4c zu § 559): die vereinzelt vertretene Ansicht, der Vermieter hätte an den eingebrachten Sachen Besitz erlangt, ist ganz abwegig. Um ein besonderes Recht neben dem Pfande handelt es sich dabei überhaupt nicht, sondern nur um eine zur Sicherung und Realisierung desselben gewährte Art der Selbsthilfe, die hier weiter als sonst gestattet wird. Der Nachweis einer besonderen Gefahr im Verzuge wird nicht erfordert.

Durch die Befugnis des Vermieters, die Sachen eigenmächtig in seinen Besitz zu nehmen, wird ihm natürlich die **Rechtshilfe** nicht beschränkt, insbesondere stehen ihm auch die Wege des Arrestes und der einstweiligen Verfügung offen, ZPO. §§ 916 ff. So auch **Siber** S. 56.

Ist die — wennschon unzulässige — Wegschaffung aber einmal gelungen, so tritt das Perklusionsrecht außer Kraft; es verbleibt dann dem Vermieter nur noch die allgemeine Selbsthilfe nach Maßgabe des § 229. Daneben auch der in Abs. 2 anerkannte Herausgabeanspruch, s. Bem. 3.

2. Der Vermieter darf die Sachen in **Besitz** nehmen. Gemeint ist damit nicht der Eigenbesitz des § 872, denn eine **Aneignung** der Sache ist ihm nicht gestattet, sondern der **unmittelbare (Pfand-) Besitz**, neben dem nach § 868 ein mittelbarer Besitz des Mieters bestehen bleibt.

Das Pfand ist damit zwar nicht in ein reguläres Faustpfand verwandelt (so Aufl. 1), bleibt vielmehr ein gesetzliches; aber der Gläubiger erlangt fortan die Rechte und Pflichten wie ein wahrer Faustpfandgläubiger, **Mittelstein** S. 199; **Kober-Staudinger** II, 2b. Er kann also fortan auch der Pfändung durch einen anderen Gläubiger widersprechen, da der Tatbestand von ZPO. § 805 Abs. 1 nicht mehr zutrifft.

3. **Absatz 2:**

a) Zur Geltendmachung des Pfandrechtes, soweit es im Sinne von § 560 durch die Wegschaffung der Sachen noch nicht erloschen ist, gewährt Abs. 2 dem Vermieter einen Anspruch auf Herausgabe der Sachen. Es handelt sich dabei offenbar um einen dinglichen Pfand-, nicht um einen persönlichen Anspruch. So auch **Siber** S. 49. Das Pfandrecht besteht ja noch, und von einer Beschränkung des Anspruches auf die Person des Mieters oder des Fortschaffenden als Gegner sagt die Bestimmung

nichts. Der Anspruch ist also auch gegen dritte Besitzer statthaft, es sei denn, daß sie auf Grund ihres guten Glaubens nach § 936 pfandfreies Eigentum an den Sachen erworben haben.

Dabei dürfte aber schon der bloße Umstand, daß die Sache zur Zeit des Erwerbes sich in einem dem Erwerber als solches bekannten Mietlokale befand, den guten Glauben in der Regel ausschließen. War die Sache freilich schon fortgeschafft, so braucht der Erwerber mit der Eventualität des Pfandnexus grundsätzlich nicht mehr zu rechnen. So auch Mittelstein S. 195 Anm. 29. Wenn Scherer zu § 559 Anm. 25 sich zu der Behauptung versteigt, das Vermieterpfandrecht wirke auch gegenüber dem gutgläubigen Erwerber, so ist das eine der mancherlei Wunderlichkeiten seiner Bücher. S. auch Fuld S. 188–9.

Daneben stehen dem Pfandgläubiger natürlich auch die allgemeinen dinglichen Pfandansprüche zu (s. §§ 1257, 1227). Neben ihnen ist der Anspruch aus § 561 keineswegs überflüssig, schon deshalb nicht, weil ja in unserem Fall gar keine übrigens in der Regel als Grundlage des Anspruches erforderliche Besitzstörung oder -Entziehung in Frage steht, vom Beklagten überhaupt mehr verlangt werden kann, als ohne § 561 begründet wäre.

b) Der Anspruch geht

α) auf Rückschaffung der Sachen in das Grundstück, wenn der Mieter dort noch wohnt;

β) auf Besitzüberlassung an den Vermieter, wenn jener ausgezogen ist. Alsdann gilt das zu Nr. 2 Bemerkte.

4. **Das Pfandrecht und damit der Anspruch erlischt** durch Nichtgeltendmachung des Anspruches mit Ablauf eines Monats seit erlangter Kenntnis des Vermieters von der Entfernung. Es liegt darin keine Verjährung, sondern eine darüber hinausgehende gesetzliche Befristung, die im Gegensatz zu jener nicht das Rechtsschutzmittel, sondern unmittelbar das Recht selbst trifft (Neuerung von Entw. II). Wegen des Laufes der Frist s. §§ 186 ff.

Um den Anspruch zu erhalten, bedarf es seiner gerichtlichen Geltendmachung. Darunter ist aber wohl nicht nur Klageerhebung zu verstehen, sondern auch ein sonstiger gerichtlicher Rechtswahrungsakt. Die Analogie des § 209 — Unterbrechung der Verjährung — wird herangezogen werden dürfen. Also z. B. Zustellung eines Zahlungsbefehls, Anmeldung im Konkurse, Streitverkündung. So mit Recht Grünebaum, Recht 02 S. 34.

Sehr zweifelhaft sind zwei Fragen:

a) Haftet der Mieter oder der dritte, der die Sachen weggebracht hat, nach Ablauf der Frist wenigstens noch wegen unerlaubter Handlung? S. darüber Pignol, DJZ. 01 S. 504. M. E. liegt die verneinende Antwort näher: hat der Vermieter sein Recht durch Zeitablauf erlöschen lassen, so ist der Schaden weniger durch das Benehmen des Mieters, als durch sein eigenes Verhalten entstanden, was mindestens die Anwendung des § 254 auf seinen etwaigen Ersatzanspruch rechtfertigen dürfte. Denn vor der erlangten Kenntnis des Vermieters beginnt ja die Frist gar nicht zu laufen.

b) Gilt die Ausschlußfrist auch gegenüber dem Pfändungspfandgläubiger, d. h. für die Klage aus § 805 ZPO.? Dafür Mittelstein S. 201 ff., auch RG in Rspr. V S. 370, ausführlich verteidigt von Karsten, Recht 04 S. 441. Dagegen Fuld S. 191, Siber S. 83, Brückner, Recht 05 S. 180, Kober-Staudinger Nr. V, Goldmann-Lilienthal S. 573, Liepmann, DJZ. 05 S. 299, auch das ausführliche Erk. des OLG. Hamburg in Rspr. IX S. 298 ff. Dies mit Recht: die Klage aus § 805 ist ein besonderes prozessuales Gebilde, in Eigenart und Richtung von dem Pfandanspruch aus § 561 wesentlich verschieden. Ein Anspruch auf Rückgabe besteht für den Vermieter im Fall des § 805 überhaupt nicht; wie kann also gefragt werden, ob der nicht bestehende durch Ablauf der Monatsfrist erlösche?

5. Das Pfandrecht ist daneben geschützt durch das **strafrechtliche Verbot** des „Rückens“, s. RStrGB. § 289.

§ 562.

Der Mieter kann die Geltendmachung des Pfandrechts des Vermieters durch Sicherheitsleistung abwenden; er kann jede einzelne

Sache dadurch von dem Pfandrechte befreien, daß er in Höhe ihres Wertes Sicherheit leistet.

E. I 521⁴, E. II 504, RV. 555. — Prot. II S. 209—10.

1. **Allgemeines:** § 562 gewährt dem Mieter ein Sicherungsmittel, durch das er, auch ohne wirkliche Zahlung des Mietzinses, die Geltendmachung des Pfandrechtes abwenden kann. Er wird es statt barer Zahlung dann wählen, wenn die Ansprüche des Vermieters noch nicht fällig oder von ihm bestritten sind. Die Sicherheitsleistung kann geschehen:

a) Zur Abwendung der Geltendmachung des Pfandrechtes im ganzen. Über die Höhe der zu leistenden Sicherheit in diesem Falle bestimmt das Gesetz nichts. Jedenfalls reicht sie dann aus, wenn sie den Gesamtbetrag der nach § 559 durch das Pfandrecht gesicherten Ansprüche des Vermieters erreicht; zweifelhaft ist aber, ob eine in Höhe des dahinter zurückbleibenden Gesamtwertes bestellte genügt. Ich entscheide mich für die zweite Alternative: der Vermieter wird dadurch nicht geschädigt, der Mieter entlastet; auch entspricht sie der Analogie des im zweiten Halbsatz Bestimmten. Endlich soll die Sicherheit nur ein Surrogat des Pfandrechts darstellen, erfüllt aber diesen Zweck doch offenbar auch unter Beschränkung auf den gedachten Betrag. Anders freilich Crome § 244 Anm. 32, wie hier Kober-Staudinger Nr. I, 1.

b) Zur Befreiung jeder einzelnen Sache, indem in Höhe ihres Wertes Sicherheit geleistet wird.

Folglich muß der Mieter auch alle Sachen mit einem Schlage befreien können, wenn er in Höhe der Summe ihrer Einzelwerte Sicherheit leistet, s. Bem. a am Ende.

2. Die ausreichende Höhe der angebotenen Sicherheit muß **der Mieter beweisen.** Hat er aber eine erweislich genügende Sicherheit angeboten, so kann er dadurch den Anspruch des Vermieters aus § 561 beseitigen, ferner sein Selbsthilferecht vereiteln; die dennoch verübte Selbsthilfe ist rechtswidrig und verpflichtet den Vermieter zum Schadensersatz, und zwar wohl nach Analogie des Rechts der gewöhnlichen Selbsthilfe schlechthin (§ 231), nicht nur bei erwiesener Fahrlässigkeit. Anders freilich Crome § 244 Anm. 40, Dernburg § 229 Anm. 12. Aber ich kann mich nicht überzeugen, warum § 231 nicht entsprechend anwendbar sein soll. Das Selbsthilferecht aus § 231 ist vom Sperrrecht aus § 561 doch nur in seinen Voraussetzungen verschieden, der Leitgedanke dagegen übrigens der gleiche.

3. Die **Sicherheitsleistung** selbst vollzieht sich nach §§ 232 ff.

§ 563.

Wird eine dem Pfandrechte des Vermieters unterliegende Sache für einen anderen Gläubiger gepfändet, so kann diesem gegenüber das Pfandrecht nicht wegen des Mietzinses für eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Pfändung geltend gemacht werden.

E. I 521⁵, E. II 505, RV. 556. — Mot. S. 407, Prot. II S. 200.

Die Bestimmung entspricht derjenigen in KO. § 41 Nr. 2. Der Vermieter kann der Pfändung der eingebrachten Sachen durch einen andern Gläubiger nach ZPO. § 805 nicht widersprechen, verliert dadurch aber an sich nicht sein Anrecht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös. Nur gemäß § 563 erfährt das eine, auf guten Gründen beruhende, Beschränkung, s. dazu die sehr ausführlichen Erläuterungen von Kober-Staudinger sowie Mittelstein S. 187.

Die Tragweite ist nicht unzweifelhaft. Enthält § 563 lediglich eine weitere Einschränkung des Vermieterpfandrechts gegenüber § 559, sodaß dem andern Gläubiger gegenüber daneben auch die Einschränkungen aus § 559 Satz 2 Platz greifen (also Nichtgeltendmachung wegen der künftigen Entschädigungsforderungen usw.)? Oder tritt die Einschränkung des Textes hier ausschließend an Stelle der in § 559 für die Geltendmachung des Pfandrechts dem Mieter gegenüber vorgeschriebenen? Für die erste Alternative die meisten, so Kober-Staudinger Nr. I, 1, Mittelstein, s. auch OLG. Karlsruhe, DJZ. 02 372, und sie hat in der Tat wohl am meisten für sich; denn § 563 will offenbar das Pfandrecht für seinen Fall in der Geltendmachung

weiter einschränken, nicht teilweise erweitern. Auch redet § 559 Satz 2 allgemein, nicht nur von der Geltendmachung dem Mieter gegenüber.

Keinenfalls aber ergibt sich aus § 563, daß das Pfandrecht gegenüber den Pfändungsgläubigern überhaupt nur wegen der rückständigen Mietzinsen (im Rahmen der durch den Text gewiesenen Beschränkung) geltend gemacht werden könne. Vielmehr steht seiner Geltendmachung auch wegen fälliger Entschädigungsansprüche oder der Mietzinsansprüche für das laufende und folgende Mietjahr nichts im Wege.

Im übrigen erhält das Pfandrecht sich auch wegen der im Text genannten Ansprüche, ergreift also namentlich den zur Befriedigung des pfändenden Gläubigers nicht erforderlichen Rest des Erlöses.

§ 564.

Das Mietverhältnis endigt mit dem Ablaufe der Zeit, für die es eingegangen ist.

Ist die Mietzeit nicht bestimmt, so kann jeder Teil das Mietverhältnis nach den Vorschriften des § 565 kündigen.

E. I 522[1-2], E. II 506[1-2], RB. 557. — Mot. S. 410–1, Prot. II S. 214–6.

1. Die §§ 564–70 handeln von der Beendigung des Mietverhältnisses. § 564 stellt zunächst den Grundsatz auf:

a) Bei von Anfang an **bestimmter Dauer der Mieter** endigt diese mit Herankommen des Endtermins, ohne daß es einer besonderen Kündigung bedarf, vorbehaltlich natürlich einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Verlängerung (§ 568).

Ob die feste Dauer kalendermäßig oder sonst fixiert war (z. B. „für die Dauer der Tagung des Reichstages"), macht dabei keinen Unterschied.

b) Eine auf unbestimmte Zeit geschlossene Miete konnte nach RR. von jedem Teile durch Auflösung sofort beendet werden. Dagegen haben die modernen Gesetzgebungen übereinstimmend und mit gutem Grunde für die Beendigung solcher Mietverhältnisse **gesetzliche Kündigungsfristen** vorgeschrieben. So auch das BGB., §§ 564 Abs. 2, 565. Jedoch ist das kein zwingendes Recht; eine vertragsmäßige Abänderung ist sowohl als ausdrückliche wie als stillschweigende statthaft — letztere namentlich bei erkennbarer Bezugnahme oder Unterwerfung unter einen entsprechenden Ortsgebrauch. Auch einer völligen **Wegbedingung** der Fristen wird im allgemeinen nichts im Wege stehen.

2. **Begriff und Erfordernisse der Kündigung**: S. dazu W. Immerwahr, Die Kündigung, 1897; Thiele, Die Kündigung, ArchZivPrax. 89 85ff.; Trappenberg, Dissert. Erlangen 1899; Schneider, Recht 04 592, 621.

a) Die Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne von §§ 130ff. Sie wird gemeinhin uneingeschränkt geschehen, d. h. in der Richtung auf den nächsten gesetzlichen oder vertragsmäßigen Termin. Aber auch einer betagten Kündigung — auf den zweiten, dritten usw. Termin — wird man die Anerkennung nicht versagen können. An Formalerfordernisse ist sie nicht gebunden, kann vielmehr nach Maßgabe der allgemeinen Regeln auch durch konkludente Handlungen („stillschweigend") erklärt werden, so auch OLG. Königsberg 4. VI. 1902, Rspr. V S. 141.

b) Zweifelhaft ist die Statthaftigkeit einer bedingten Kündigung. Die Motive S. 413 bezeichnen ihre Unzulässigkeit als selbstverständlich, ihnen folgen Fränkel S. 62, Mittelstein S. 221 und Planck: auch Immerwahr S. 80–1 lehnt die bedingte Kündigung wegen Mangel der nötigen Klarheit und Bestimmtheit ab, ähnlich Thiele S. 89, 147ff., der aber eine Potestativbedingung zuläßt. Ebenso OLG. Braunschweig bei Seuffert 57 Nr 60 S. 100.

Vermittelnd Crome I § 97 Anm. 16 und (ähnlich) Hellmann, Verträge S. 158: Die bedingte Kündigung sei gültig, wenn der Gegner sie annehme; er könne sie aber zurückweisen und dadurch unwirksam machen, nach Analogie von § 1160 Abs. 2.

M. E. sind die Bedenken gegen die Zulässigkeit bedingter Kündigungen wenigstens in den Fällen nicht durchschlagend, wenn die Entscheidung der Bedingung am letzten zulässigen Kündigungstage bereits eingetreten ist, und ich erachte daher eine solche Kündigung für durchaus wirksam, vorausgesetzt freilich, daß die Erfüllung der Bedingung dem Gegner rechtzeitig bekannt wurde. Schwebt dagegen dann die Bedingung noch, oder ist die Erfüllung dem Gegner noch unbekannt, so ist m. E. die

Kündigung zwar nicht an sich ungültig, aber verspätet; sie war hier bis zum entscheidenden Termine noch nicht vollständig, so wie sie sein mußte, vollzogen, und von einer rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung kann dabei, als dem Zwecke des Institutes und der billigen Rücksicht auf den Gegner widersprechend, keine Rede sein. Außerdem dürfte die bedingte Kündigung unter den von Thiele und Crome unterstellten Voraussetzungen allgemein als wirksam zu erachten sein.

Für die bedingte Kündigung auch (wenn ich ihn recht verstehe, sogar unbeschränkt) Fuld S. 153; er weist mit Recht auf ihr im Leben nicht seltenes Vorkommen hin (z. B. der Vermieter kündigt, falls der Mieter nicht bis zu einer bestimmten Stunde zahlt).

Neuestens haben sich die der bedingten Kündigung günstigen Stimmen sehr vermehrt: so Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte S. 130–4, Endemann § 76 Anm. 12, Heymann, KrVJSchr. 43 593, Lotmar, Arbeitsvertrag S. 575, teilweise auch Kober-Staudinger II 2b. Ebenso die meisten Kommentare des HGB., so Lehmann-Ring zu § 66 Nr. 4, Staub das. Anm. 10.

c) Einer Form ist die Kündigung grundsätzlich nicht unterworfen. Doch wird häufig eine solche vertragsmäßig vereinbart, z. B. „schriftlich", „durch eingeschriebenen Brief". Alsdann ist aber immerhin die formlose Kündigung mit Kober-Staudinger II 2a im Zweifel nicht für nichtig zu erachten, sie braucht vielmehr nur nicht vom Gegner angenommen zu werden.

d) Als Kündigung wird in der Regel auch die nichts weniger als seltene Erklärung des Vermieters, er steigere den Mietzins, anzusehen sein: genauer als Kündigung mit einem neuen Vertragsangebot — so Arnold S. 136, Kober-Staudinger Nr. III — oder eine Kündigung unter der auflösenden Bedingung, daß der dem Mieter gleichzeitig angesonnene Abschluß eines entsprechenden Abänderungsvertrags erfolge. Ihre Statthaftigkeit, Form und sonstigen Erfordernisse bestimmen sich somit nach dem über die gewöhnliche Kündigung Gesagten.

e) Sind bei dem Mietverhältnis auf der einen oder anderen Seite **mehrere beteiligt**, so ist zu sagen:

α) **Bei Mehrheit der Vermieter** ist in dem Fall, wenn sie sowohl als Gläubiger wie als Schuldner in einem Gesamtschuldverhältnis stehen, die Kündigung durch jeden oder gegenüber jedem statthaft; dadurch scheidet aber nur der einzelne aus, während das Verhältnis für und gegen die andern weiter bestehen bleibt. Denn die Kündigung wirkt nach §§ 425 Abs. 2, 429 Abs. 3 nur subjektiv.

Stehen die Vermieter in der einen oder anderen Beziehung nicht in einem Gesamtschuldverhältnis, so liegt wegen der offenbar unteilbaren Natur ihrer Rechte und Pflichten der Fall einer Unteilbarkeit der Leistung vor, der sich nach § 432 regelt; § 431 kann nicht in Betracht kommen, da die Vermieter nicht nur Schuldner, sondern stets und notwendig auch Gläubiger sind. Danach ist die Kündigung hier, wenn nicht von allen oder an alle vollzogen, ganz wirkungslos, da das den einzelnen in § 432 gewährte „Individualrecht" weder nach dem Wortlaut noch dem Sinn auf die Vor- und Empfangnahme einer Kündigung zu beziehen ist, Thiele S. 109. Daß aber mangels Mitwirkung aller die Kündigung überhaupt nicht, nicht einmal subjektiv, wirke, dafür läßt sich ferner mit Cosack § 137 Anm. 17 die Analogie des Rücktrittsrechtes verwerten.

β) Auch bei **Mehrheit der Mieter** ist dasselbe zu sagen; auch hier wirkt die Kündigung von einem oder an einen nach den zitierten Paragraphen nicht gegenüber den andern, und auch hier kann von einer Beendigung des Verhältnisses bei einem allein sinngemäß keine Rede sein.

Ähnlich auch die Mot. S. 413; ferner Immerwahr S. 79, 80, Planck Nr. 2, Fuld S. 152.

Anders ist es natürlich dann, wenn und soweit einer der Beteiligten zur Erteilung oder zum Empfang der Kündigung auch für die anderen bevollmächtigt ist, z. B. als Gesellschafter. Wann das der Fall sei, kann hier natürlich nicht erörtert werden.

d) Die **zu spät erfolgte Kündigung** (s. § 565) wirkt nicht mehr für den Termin, für den sie bestimmt ist. Es fragt sich indes, ob sie sich nunmehr wenigstens auf den folgenden zulässigen Kündigungstermin beziehe, oder ob es dazu noch einer weiteren Kündigung bedürfe. Die Frage ist nach Verschiedenheit des Falles verschieden zu beantworten; es kommt darauf an, ob die Kündigung eventuell, falls sie nicht mehr rechtzeitig für den ersten Termin eintreffen und auch vom Gegner nicht der Verspätung ungeachtet noch als gültig anerkannt werden sollte, als für den folgenden

Termin vorgenommen anzusehen, und dies dem Gegner genügend erkennbar ist, oder nicht. Eine im äußeren Verhalten nicht hervortretende Meinung des einen oder andern Teiles kommt nicht in Betracht. Übereinstimmend Planck zu § 565 Nr. 2 a. E.; Kober-Staudinger II, 2c und dort zitierte. Dagegen nach Endemann § 170 No. 8 ist die verspätete Kündigung schlechthin unwirksam.

3. Der **Beweis** für die vollzogene Kündigung trifft nach allgemeinen Grundsätzen den, der daraus Rechte ableitet. Auch wer eine von der gesetzlichen abweichende Kündigung behauptet, erscheint dafür beweispflichtig. s. die Angaben über diese hier nicht weiter zu verfolgende Streitfrage bei Kober-Staudinger Nr. II, 2f

4. Nach den beabsichtigten Änderungen der ZPO. sollte in dem neu einzufügenden § 231a (D S. 462 fälschlich zitiert als 251a) eine Verbindung der Kündigung mit der Klage auf künftige Zahlung oder Räumung für zulässig erklärt werden. Dieser Passus ist zwar in der Reichstagsvorlage und der endgültigen Redaktion (ZPO. § 257) weggelassen, man wird aber trotzdem einer derartigen Kündigung in Klageform kein Bedenken entgegensetzen können.

5. Wegen der nach EG. Art. 93 in Kraft bleibenden Räumungsfristen s. Bem. 1b zu § 556.

S. ferner die Übergangsvorschrift des EG. Art. 171, wonach die **bestehenden Mietverhältnisse**, falls nicht die Kündigung nach Inkrafttreten des BGB. zu dem ersten nach dem bisherigen Recht zulässigen Termine erfolgt, sich von diesem Termine ab nach dem neuen Recht richten sollen.

§ 565.

Bei Grundstücken ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs zulässig; sie hat spätestens am dritten Werktage des Vierteljahrs zu erfolgen. Ist der Mietzins nach Monaten bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendermonats zulässig; sie hat spätestens am fünfzehnten des Monats zu erfolgen. Ist der Mietzins nach Wochen bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß einer Kalenderwoche zulässig; sie hat spätestens am ersten Werktage der Woche zu erfolgen.

Bei beweglichen Sachen hat die Kündigung spätestens am dritten Tage vor dem Tage zu erfolgen, an welchem das Mietverhältnis endigen soll.

Ist der Mietzins für ein Grundstück oder für eine bewegliche Sache nach Tagen bemessen, so ist die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig.

Die Vorschriften des Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 gelten auch für die Fälle, in denen das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist vorzeitig gekündigt werden kann.

E. I 522–3, E. II 506[3–6], RV. 559. – Mot. S. 411–3, Prot. II S. 215–6.

1. Wie bei den meisten anderen Dauerschuldverhältnissen, wirkt auch bei der Miete die Kündigung im BGB. in der Regel nicht auf sofort, sondern erst nach Ablauf einer **Kündigungsfrist**. Darunter ist zu verstehen der Zeitraum, der zwischen Vornahme der Kündigung und dem dadurch zu bewirkenden Ende des Mietverhältnisses liegen muß – nicht die Frist, die zwischen Eintritt des Kündigungsrechtes und Vornahme der Kündigung liegt. S. RG. bei Gruchot 47 399.

Die Kündigungsfristen werden im BGB. angemessenerweise und zum Teil nach dem Vorbild des bisher geltenden Rechts einerseits nach den Mietobjekten, andererseits nach der Bemessung des Mietzinses **abgestuft**.

a) Daß bei Immobilien die Frist im allgemeinen ein Vierteljahr beträgt, entspricht dem Landrecht (I, 21, § 344), während das SächsGB. (§ 1215) verschiedene Abstufungen hatte nach dem Betrage des Zinses, s. Mot. S. 411. Auch die, gegenüber den Entwürfen erst nachträglich von der zweiten Kommission eingefügte, Milderung, wonach eine Kündigung bis zum dritten Werktage des Endquartals selbst genügen soll, ist dem Landrecht nachgebildet. Über den Begriff des „dritten Werktages" s. Mittelstein S. 229—30: Feiertage sind in den dreitägigen Zeitraum nicht einzurechnen, einerlei, welcher der fraglichen Tage die Eigenschaft eines solchen aufweist.

Herabgesetzt ist diese Frist bei den von vornherein auf kürzere Dauer angelegten Mietverhältnissen, wo die Bemessung des Zinses nach kürzeren Zeiteinheiten geschieht. Die dahingehörige Vorschrift bei den Mieten mit monatsweisem Zins, Satz 2, entspricht der preußischen Verordnung vom 9. I. 1812, während die für wochen- und tageweise gemietete Grundstücke (Satz 3 und Abs. 3) — wohl fast nur bei einzelnen Räumen, möblierten Zimmern, Gasthofszimmern praktisch s. § 580 — gegebene Vorschrift eine Neuerung enthält. Als Schluß der Kalenderwoche ist dabei der Ablauf des Sonnabends, nicht des Sonntags anzusehen, da die Woche kalendermäßig mit dem Sonntage, nicht dem Montage beginnt. Anderer Ansicht Planck und früher Cosack, der aber jetzt § 137 Anm. 3a die hier vertretene Auslegung angenommen hat. Für diese auch Mittelstein S. 228 (mit weiteren Literaturangaben), Kober-Staudinger Nr. III, 1c. Vgl. ferner wegen Abs. 3 das gleich unten bei b) Gesagte.

b) Die dreitägige Kündigungsfrist für **Mobilien** entspricht dem Dresdener Entwurf Art. 568, während das Landrecht hier eine Frist von 24 Stunden anordnete. Zweifelhaft ist bei der nicht sehr genauen Wortfassung des Abs. 2, ob die Miete mit dem Beginn oder dem Ende des dritten Tages nach vollzogener Kündigung ihr Ende erreicht. Für ersteres Planck Nr. 2b, für letzteres die meisten, so Cosack aaO., Crome S. 577, Goldmann-Lilienthal S. 578, Kober-Staudinger Nr. III, 2, Mittelstein S. 228. Ihnen ist der Vorzug zu geben. Die Kündigung wirkt hier doch nach Ablauf einer nach Tagen bemessenen Frist, in einem solchen Fall aber ist gemäß § 188 der Ablauf des letzten Tages der Frist abzuwarten. Aber auch der Tag, an dem die Kündigung selbst vollzogen wird, ist hier entgegen § 187 nicht mitzurechnen, denn der Kündigungsakt setzt ja als solcher nicht oder nicht notwendig die Frist in Bewegung. Das ergibt das „spätestens" und die Analogie von Abs. 1. Dafür spricht auch der Wortlaut; denn wenn das Verhältnis bereits mit dem Beginn des dritten Tages zu Ende wäre, so könnte man kaum sagen, daß es an diesem Tag erst sein Ende erreichte.

c) Eine weitere Herabsetzung der Kündigungsfrist gilt allgemein — sowohl für bewegliche wie für unbewegliche Sachen — **nach Abs. 3 im Falle eines nach Tagen bemessenen Zinses.** Der oben erwähnte Zweifel kehrt hier wieder und ist sogar viel brennender als im Falle b. Anders als dort, wollen hier viele mit Planck Nr. 2a die Kündigung für den Anfang des nächsten Tages wirken lassen. So Endemann § 170 Anm. 11 („aus praktischen Bedürfnissen und Anschauungen"), Enneccerus S. 643 No. 3, Goldmann-Lilienthal S. 577, Mittelstein S. 227. Dagegen entscheiden für das Ende des nächsten Tages Borcherdt S. 84, Brückner S. 129, Cosack § 137, I, 2, Crome § 245 Anm. 16, Kober-Staudinger Nr. III, 3b, Kisch bei Grünhut **29** 358.

Die Entscheidung ist äußerst zweifelhaft. Daß die Planck'sche Ansicht sich aus praktischen Gründen empfehle, läßt sich nicht bestreiten. Aber sie hat den Wortlaut des Gesetzes gegen sich; auch hier liegt eine „nach Tagen bemessene Frist" vor — denn die Kündigung wirkt ja erst „für den folgenden Tag" —, folglich muß nach § 188 das Ende des nächsten Tages abgewartet werden. Wenn Goldmann aus der verschiedenen Fassung in Abs. 1 und 3 seine Ansicht herausliest, so kann ich dem nicht folgen; auch Abs. 2 spricht nicht vom Schluß des Tages, und doch will Goldmann mit der herrschenden Lehre dort den Ablauf des letzten Tages erfordern! Somit glaube ich bei der in Aufl. 1 vertretenen zweiten Ansicht bleiben zu müssen, allerdings nicht ohne ein gewisses Unbehagen. Auf alle Fälle ist zu beachten, daß die Orts- oder Geschäftssitte häufig anders entscheidet (Gasthäuser), und man wird in den entsprechenden Fällen leicht eine stillschweigende Unterwerfung unter sie annehmen können.

2. Die Kündigungsfristen des § 565 sollen auch für den Fall vorzeitiger Kündigungsbefugnis Anwendung finden, also in den Fällen der §§ 549, 567,

569—70, ferner KO. § 19, Zwangsversteigerungsgesetz § 57. Auf die Fälle der fristlosen vorzeitigen Kündigung sind sie dagegen natürlich unanwendbar (542, 553—4).

3. Ist die in Abs. 1 S. 1 angeordnete Verkürzung der Vierteljahrsfrist auch bei vertragsmäßigen Kündigungsfristen anwendbar? An sich nicht, hier muß im allgemeinen schlechthin vor Beginn der viertel- oder halbjährigen Frist gekündigt werden, Meißner Nr. 2, Mittelstein S. 233—4, überhaupt die herrschende Meinung. Anders nur Fuld S. 149.

Möglicherweise hat jedoch die Fristbestimmung im Vertrage nur die Bedeutung einer einschärfenden Reproduktion der gesetzlichen Frist, dann behält es bei dieser, also auch bei der gedachten Verkürzung um drei Werktage, sein Bewenden. Ähnlich vermittelnd auch Kober-Staudinger Nr. Vc.

§ 566.

Ein Mietvertrag über ein Grundstück, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird, bedarf der schriftlichen Form. Wird die Form nicht beobachtet, so gilt der Vertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen; die Kündigung ist jedoch nicht für eine frühere Zeit als für den Schluß des ersten Jahres zulässig.

E. II 507, RB. 559. — Prot II S. 147—56, 178, D. S. 113—4.

1. Die Formvorschrift des § 566 ist eine Neuerung der zweiten Lesung, einmal der Rücksicht auf den sonst wegen § 571 allzusehr gefährdeten Erwerber, dann aber auch der Tendenz entsprungen, die Geschäfte über Grundstücke ihrer großen Tragweite gemäß auch in festere und damit sichere Formen zu leiten. So auch Landrecht I, 21, § 269, s. ferner Code Art. 1743.

Unter Grundstücken sind auch Teile von solchen zu verstehen, nicht minder Stockwerke und einzelne Räume, § 580.

2. **Anwendungsgebiet:** Ein Mietvertrag muß, um unter § 566 zu fallen, „für längere Zeit als ein Jahr" geschlossen sein. Das ist nicht nur der Fall, wenn die Miete von vornherein für eine längere Zeit fest vereinbart war, sondern auch schon dann, wenn der zunächst nur auf ein Jahr geschlossene Vertrag sich bei Unterbleiben der Kündigung abredegemäß auf eine weitere Zeit, die größer ist als die gesetzliche Kündigungsfrist, fortsetzen soll. Denn auch ein solcher Mietvertrag ist wenigstens bedingt auf eine längere Zeit geschlossen. So mit Recht Guttmann, Recht 02 346. Ebensowenig kann eine vertragsmäßige Verlängerung der Kündigungsfristen die Kündbarkeit der auf mehr als ein Jahr formlos geschlossenen Grundstücksmiete über die gesetzliche Dauer hinausschieben, RG. ZS. III vom 29. XI. 1904, Bd. 59 Nr. 71 S. 246. Auch etwaige Vorverträge zum Abschluß eines längeren Mietvertrages bedürfen der Schriftform, um vollauf zu wirken, OLG. Kiel bei Seuffert 58 Nr. 93 S. 178.

3. **Die Nichtbeobachtung der Form** macht das Geschäft, entgegen der allgemeinen Bestimmung des § 125, nicht nichtig, sondern gestaltet es nur zu einem trotz der längeren Vereinbarung auf unbestimmte Zeit geschlossenen. Es kommen also, nur mit der sich aus dem Schluß ergebenden Maßgabe, die Sätze der §§ 564 Abs. 2, 565 zur Anwendung. Die Kündigung ist danach frühestens zum Schluß des Kalenderquartals (dies nach 565 S. 1) statthaft, innerhalb dessen das erste Mietjahr endet.

Immerhin kann möglicherweise infolge des § 566 der gesamte Mietvertrag hinfällig werden:

a) Einmal gemäß § 139. Denn da der Vertrag nicht seinem ganzen beabsichtigten Umfang nach wirksam wird, kann die Annahme gerechtfertigt sein, daß die Parteien den gültigen Vertragsteil ohne den gültigen nicht gewollt haben würden, OLG. Frankfurt, Rspr. IX S. 302.

b) Haben die Parteien vertragsmäßig für ihren Mietvertrag schriftlichen Abschluß vorgesehen, so ist, falls dieser nicht erfolgt, im Zweifel der ganze Vertrag nichtig, Buck, Recht 05 279.

4. **Wirksamkeit mündlicher Nebenabreden neben dem schriftlichen Mietvertrag?** Sie wird verneint von Borcherdt S. 29, bejaht von Niendorff S. 54, Mittelstein S. 71—2; vermittelnd Goldmann-Lilienthal S. 544, s. auch Buck bei Gruchot 48 723 ff., Tauber das. 49 228 ff. (besonders über nachträgliche mündliche Abänderungen des Vertrages). Buck meint S. 731, daß auch die Nebenabrede formbedürftig sei, eine formlos vereinbarte sei zunächst auf ein Jahr gültig, und bewirke hernach die Kündbarkeit des ganzen Vertrages im Sinne von § 566, es sei denn die Annahme begründet, die Parteien hätten ihn auch ohne die Nebenabrede geschlossen (§ 139). Ähnlich OLG. Braunschweig vom 27. V. 1904, Recht 04 334.

Auch m. E. ist zu unterscheiden zwischen dem entweder objektiv vom Standpunkt des Geschäftstypus oder doch subjektiv nach der Parteiabsicht wesentlichen, essentiellen und unwesentlichen Abreden. Ist eine Abrede ersterer Art neben einem schriftlichen Hauptvertrag nur mündlich geschlossen, so ist dieser nicht in seiner Totalität so, wie § 566 es verlangt, als schriftlicher anzusehen. Er unterliegt also einschließlich der Nebenabreden der in § 566 vorgesehenen Kündbarkeit. Von einer Nichtigkeit der mündlichen Nebenabrede dagegen ist nicht die Rede. Auf nebensächliche Nebenabreden dagegen dürfte sich die Formvorschrift überhaupt nicht beziehen; die gegenteilige Annahme wäre für das berechtigte Verkehrsbedürfnis äußerst störend, wird auch durch den Wortlaut des § 566 nicht erfordert. Dieser ist dahin auszulegen, daß nur die entscheidenden Punkte des Vertrages der Form bedürfen.

Entsprechendes gilt von nachträglichen mündlichen Abänderungen des schriftlichen Vertrages, so zutreffend Tauber aaO. Wenn dieser aber auch alle nur für den etwaigen Erwerber des Mietgrundstücks „wesentlichen" Punkte den vertragsmäßig wesentlichen gleichstellt, so ist das theoretisch kaum zu begründen, auch praktisch bedenklich.

5. Daß § 566 **zwingendes Recht** sei, bedarf als selbstverständlich kaum des Hinweises. So auch, gegenüber vereinzelten Anzweiflungen aus der Praxis, Mittelstein, DJZ. 05 444.

§ 567.

Wird ein Mietvertrag für eine längere Zeit als dreißig Jahre geschlossen, so kann nach dreißig Jahren jeder Teil das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen. Die Kündigung ist unzulässig, wenn der Vertrag für die Lebenszeit des Vermieters oder des Mieters geschlossen ist.

E. I 523, E. II 508, RV. 560. — Mot. S. 413, Prot. II S. 217.

1. Auch § 567 ist ein Ergebnis volkswirtschaftlicher Erwägungen, er soll „die Erbmiete oder ein ähnliches Verhältnis" ausschließen, Mot. S. 413.

Ähnliche Sätze sind aus entsprechenden Gründen beim Dienstvertrag (§ 624) und der Gemeinschaft (§ 750) statuiert. Eine Ausnahme erleidet das nach 30 Jahren sonst stets eintretende Kündigungsrecht nur nach Satz 2, falls der Vertrag auf die Lebensdauer des einen oder andern Teiles geschlossen ist. Ist aber zu dieser noch ein Zuschlag festgesetzt (etwa: bis auf ein Jahr nach dem Tode), so behält es bei der Regel des Satzes 1 seine Bewenden.

Wegen der gesetzlichen Kündigungsfristen, die nach 30 Jahren eintreten, s. § 565.

2. Die Vorschrift findet auch auf bereits bestehende Mietsverhältnisse nach dem Geltungsbeginn des BGB. Anwendung, und zwar nicht nur nach Maßgabe des Art. 171 EG. So Meisner Nr. 2. Den Widerspruch in Aufl. 1 muß ich angesichts der durchschlagenden sozialpolitischen Gesichtspunkte Mittelsteins S. 231 aufgeben. Ein Termin im Sinne des Art. 171, auf den gekündigt werden könnte, ist ja in solchen Fällen gar nicht immer vorhanden!

3. Der Satz des § 567 ist natürlich wiederum zwingend, Mittelstein S. 237. Indes kann auf die danach erworbene Kündigungsbefugnis wirksam verzichtet werden, allerdings wieder mit der zeitlichen Beschränkung der dreißig Jahre. Denn unmöglich kann der Verzicht auf jene eine intensivere Bindung der Parteien herbeiführen, als der Mietvertrag selbst.

§ 568.

Wird nach dem Ablaufe der Mietzeit der Gebrauch der Sache von dem Mieter fortgesetzt, so gilt das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der Vermieter oder der Mieter seinen entgegenstehenden Willen binnen einer Frist von zwei Wochen dem anderen Teile gegenüber erklärt. Die Frist beginnt für den Mieter mit der Fortsetzung des Gebrauchs, für den Vermieter mit dem Zeitpunkt, in welchem er von der Fortsetzung Kenntnis erlangt.

E. I 524, E. II 509, RB. 561. — Mot. S. 413—5, Prot. II S. 217—8.

1. **Allgemeines:** Die sogenannte **relocatio tacita** ist bekanntlich im Römischen Recht durch die, in ihrer Tragweite im einzelnen ungemein zweifelhaften, ll. 13 § 11,14 D. 19,2 ausgebildet und von dort in den neueren Gesetzgebungen übernommen, so im Code Art. 1738, 1759, SächsGB. § 1218, beschränkter im Landrecht I, 21, §§ 325 ff. (s. Dernburg, Privatrecht II § 172 Nr. 2).

Das BGB. hat das Institut ohne die landrechtliche Voraussetzung einer Erklärung des Verlängerungswillens aufgenommen, es genügt die Tatsache des Wohnenbleibens und -lassens, ohne daß ein weiterer Nachweis eines ausdrücklichen oder stillschweigenden rechtsgeschäftlichen Willens erforderlich wäre; s. indes Nr. 2 und 3. Der Begriff der nach dem Texte notwendigen **Gebrauchsfortsetzung** darf nicht gepreßt werden; der Nachweis einer besonderen positiven Benutzungshandlung erscheint unnötig: bereits durch die Vorenthaltung der Mietsache nach Ablauf der Mietzeit hat der Mieter der Gebrauchsfortsetzung einen in der Regel ausreichenden Ausdruck verliehen, Mittelstein S. 246, s. auch die ausführliche Behandlung der verschiedenen Fälle bei Kober-Staudinger Nr. II. Ob das ursprüngliche Verhältnis durch Ablauf der Zeit oder Kündigung beendet war, macht für das Recht des § 568 keinen Unterschied. So auch OLG. Frankfurt in Rspr. VII S. 18.

2. **Erklärung des entgegenstehenden Willens:** Nur dadurch setzt das BGB. die Bedeutung des fortgesetzten Gebrauches der Mietsache herab, daß es jedem Teil das Recht gibt, die relocatio tacita durch Erklärung des entgegenstehenden Willens binnen zwei Wochen auszuschließen.

Diese **„Erklärung"** ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne von §§ 130 ff. Der Beginn der Frist, innerhalb deren sie abgegeben werden muß, ergibt sich aus Satz 2; der Lauf regelt sich nach §§ 186 ff. Woher dem Vermieter die den Lauf in Bewegung setzende Kenntnis gekommen ist, macht nichts aus: ob durch Mitteilung des Mieters, des Portiers oder durch zufällige Ereignisse. Nicht genügt es, daß der Vermieter nur weiß, der Mieter habe ihm die Mietsache noch nicht zurückgegeben; es wird darüber hinaus Kenntnis von der Fortsetzung des Gebrauches oder doch der geflissentlichen Vorenthaltung erfordert.

Auch hier steht das Kennenmüssen dem Kennen nicht gleich (s. § 166 a. E.).

3. **Geschäftsunfähigkeit der Parteien:** Es fragt sich, ob die Parteien, um eine stillschweigende Verlängerung herbeiführen zu können, geschäftsfähig sein müssen. Endemann § 170 Nr. 1 nimmt es auf Grund der Anschauung, daß es sich bei der relocatio um einen formell neuen Vertrag handle, der durch konkludente Handlungen auf der Grundlage des bisherigen zustande komme.

Darin dürfte aber eine petitio principii zu finden sein. Daß die Gebrauchsfortsetzung den Charakter einer neuen Abrede habe, geht aus dem § 568 in keiner Weise hervor; wäre es der Fall, so müßte den Parteien der Beweis offen stehen, daß sie, etwa aus Irrtum über die Dauer des ursprünglichen Verhältnisses, gar nicht die Absicht der Verlängerung gehabt haben. Davon ist aber, den Ablauf der Frist vorausgesetzt, keine Rede. In Wahrheit wird kein neuer Vertrag geschlossen, sondern das Gesetz knüpft an gewisse objektive Tatsachen die Wirkung einer Erstreckung des alten Vertragsverhältnisses. Der Willensrichtung der Parteien wird nur durch das Erklärungsrecht (Nr. 2) Rechnung getragen.

Trotzdem bin ich geneigt, im Ergebnis Endemann zuzustimmen. Das Gesetz knüpft an ein gewisses Verhalten der Parteien Wirkungen, wie wenn eine positive Erklärung in dieser Richtung abgegeben wäre; es ist aber nicht anzunehmen, daß

das Verhalten solcher Personen als dazu geeignet behandelt werden soll, die selbst durch eine wirkliche Erklärung Wirkungen dieser Art nicht hätten herstellen können. So auch Cosack § 137 Nr. 6, Mittelstein S. 246 Nr. 4; anders Goldmann-Lilienthal S. 581.

4. **Wirkung:** Die Verlängerung tritt ein auf „unbestimmte Zeit"; das entspricht dem richtig verstandenen GR. und den meisten Gesetzgebungen mit Ausnahme des Landrechts (I, 21 §§ 328—9), das eine Verlängerung auf ein Jahr vorsah.

Die Kündigung vollzieht sich also nunmehr, einerlei auf wie lange das ursprüngliche Verhältnis vereinbart war, stets nach § 565.

Das gemäß § 568 verlängerte Mietverhältnis ist nach Wortlaut und Sinn der Vorschrift das alte, nicht ein anderes; daher bleibt seinetwegen auch das Vermieterpfandrecht mit dem bisherigen Rang in Kraft. Das muß auch dritten gegenüber gelten; die Ansicht von Kober-Staudinger Nr. V, daß Bürgen und Pfänder dafür grundsätzlich nicht weiter hafteten, ist in dieser Allgemeinheit bedenklich. Anders natürlich dann, wenn sie nur für eine bestimmte Mietdauer bestellt waren, die durch die Mietverlängerung überschritten wird.

5. **Beweis:** Ist der Beweis der fortgesetzten Benutzung erbracht, so muß die Erklärung des entgegenstehenden Willens (Nr. 2) von dem bewiesen werden, der darauf den Ausschluß der Verlängerung stützt. Ist dies jedoch der Vermieter, so hat nach der Regelung des Fristbeginns ihm gegenüber der Mieter zunächst darzutun, daß er die Kenntnis des fortgesetzten Gebrauches erlangt habe. So auch Mittelstein S. 248.

6. Der § 568 enthält zweifellos **nachgiebiges Recht**; die ihn abändernde anderweite Vereinbarung braucht nicht, wie nach 1. 13 cit., schriftlich zu sein, es sei denn, daß sonst eine Umgehung des § 566 vorläge. Übereinstimmend Mittelstein S. 249.

§ 569.

Stirbt der Mieter, so ist sowohl der Erbe als der Vermieter berechtigt, das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen. Die Kündigung kann nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist.

E. I 526, E. II 510, RV. 562. — Mot. S. 416, Prot. II S. 218—21.

1. **Daß der Tod des Mieters** auf den Bestand des Mietverhältnisses von Einfluß ist, entspricht — im Widerspruch zu den übrigen bisherigen Rechten — dem Landrecht I, 21, § 373ff. Ihm folgt das BGB., s. die zutreffende Begründung in den Mot. S. 416. Es gibt alsdann beiden Teilen das Kündigungsrecht, sowohl den Erben des Mieters (oder Pächters), wie dem Vermieter (nicht auch dem Verpächter, § 596 Abs. 2), jedoch nur

a) unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen des § 565;

b) nur für den ersten Termin, für den es danach ausgeübt werden konnte, s. dazu Erman, DJZ. 04 S. 683; auch Goldmann-Lilienthal S. 579—80, die mit Recht betonen, es komme zur Feststellung des Termins nicht nur auf die abstrakte Zulässigkeit der Kündigung an, sondern auch auf die faktische Möglichkeit und Übersehbarkeit (anders Kober-Staudinger I, 3). Wird das Kündigungsrecht bis dahin nicht ausgeübt, so bleibt der alte Mietvertrag einfach in Kraft; es ist unnötig und mißverständlich, seinen Fortbestand mit Anfl. 1 auf ein zu unterstellendes Einverständnis der Parteien zurückzuführen (dagegen Mittelstein S. 239).

Es haften alsdann die mehreren Miterben für die während ihrer Mietszeit entstehenden Vertragspflichten anteilsweise (§ 420), nicht als Gesamtschuldner. Anders nur, soweit dabei unteilbare Pflichten in Frage stehen, was zwar z. B. bei der Räumungspflicht, aber nicht bei der Zinszahlungspflicht der Fall ist. Allgemein für Gesamtschuldnerschaft Arnold S. 117; Kober-Staudinger II, 4, dessen Berufung auf § 427 schwer verständlich erscheint.

Übrigens ist die Kündigung in der angegebenen Weise statthaft, mag noch auf längere Zeit oder mit längeren Kündigungsfristen gemietet gewesen sein.

2. Waren **mehrere Mieter** vorhanden (z. B. Mann und Frau haben jeder selbständig gemietet), so hat der Tod des einen natürlich nicht für oder gegen den anderen, aber wegen der Unteilbarkeit des Mietrechtes auch nicht für oder gegen die Erben des

einen das Kündigungsrecht zur Folge. So auch Planck Nr. 3; Crome § 245 Anm. 31 und Enneccerus S. 644, der mit Recht hervorhebt, daß der Schutz der Ehefrau, den eine gegenteilige Anschauung bezwecke, ins Gegenteil umschlage, indem danach auch der Gegner das Kündigungsrecht gewinne. Der Widerspruch Dernburgs (§ 221 Anm. 8) ist nur scheinbar, denn er bezieht sich auf den anderen Fall, daß die Ehefrau den Vertrag allein zur Stärkung des Vermieterpfandrechts mitunterschrieben hat, also gar keine selbständige Mieterin ist, sondern höchstens eine akzessorische Mietschuld übernommen hat (s. Vorbem. 5 vor § 535). Alsdann wird allerdings im Sinne Dernburgs zu entscheiden sein, und nach dem oben aaO. Gesagten ist bei bloßer Mitunterzeichnung des Vertrages durch die Frau im Zweifel für eine derartige schwächere Mitbeteiligung zu vermuten.

Sind mehrere Erben des Mieters vorhanden, so gilt wegen der Notwendigkeit der Kündigung durch oder gegen alle das oben zu § 564 Nr. 2c Gesagte.

3. Das Recht des § 569 kann durch Vertrag zwischen den ursprünglichen Kontrahenten **geändert oder ausgeschlossen werden.** So auch OLG. Hamburg bei Seuffert 60 Nr. 33 S. 62; KG. in DJZ. 04 868.

4. **Tod des Vermieters** ist mangels besonderer Abrede einflußlos.

§ 570.

Militärpersonen, Beamte, Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten können im Falle der Versetzung nach einem anderen Orte das Mietverhältnis in Ansehung der Räume, welche sie für sich oder ihre Familie an dem bisherigen Garnison- oder Wohnorte gemietet haben, unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen. Die Kündigung kann nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist.

E. I 527, E. II 511, RB. 563. — Mot. S. 416—7, Prot. II S. 227—8.

1. **Allgemeines:** Das Kündigungsrecht des § 570 ist im BGB. nach dem Muster des Landrechts (I, 21, §§ 376—7), dessen Sätze freilich allgemeiner und zum Teil weitgreifender sind, mit gutem Grunde anerkannt worden.

Der Kreis der begünstigten Personen entspricht demjenigen des § 411, s. Bem. Nr. 2 dazu und die dort in Bezug genommenen Paragraphen, ferner Fuld S. 159, insbesondere wegen der Militärpersonen.

2. **Begriff der Versetzung:**

a) Nötig ist zur Annahme einer solchen, daß der Übergang in die neue Stellung schon endgültig, formell bindend, feststehe. Vertrauliche Mitteilungen über eine bevorstehende Versetzung genügen nicht (so auch OLG. Königsberg in Rspr. VII S. 465), auch nicht Berufungen durch eine Fakultät oder selbst den Minister, solange die Ernennung noch nicht vollzogen ist.

b) Dagegen liegt eine Versetzung in gleicher Weise vor, mag sie eine Beförderung darstellen oder strafweise, mag sie auf einseitige Verfügung der vorgesetzten Behörde oder auf Antrag bezw. mit Einwilligung des Vorgesetzten erfolgt sein. Auch die Berufung von Professoren ist im weiteren Sinne als Versetzung aufzufassen; der gegenteilige Standpunkt von Fuld ist ganz formalistisch und vergißt, daß auch in zahlreichen anderen Fällen der Versetzung (Richter, Lehrer) diese vom Willen der Beteiligten abhängt. Daß es auf derlei Momente nicht ankommt, entspricht auch der Theorie und Praxis des Preußischen Rechts, s. Dernburg, Privatrecht II § 173 No. 15; Entsch. d. RG. Bd. 21 Nr. 52 S. 283ff. Von den Richtern wie von den Professoren gelten gleichmäßig die Schlußausführungen des zitierten Erkenntnisses: kann auch der Wille der staatlichen Organe nur auf Antrag oder durch Zustimmung des Beamten wirksam werden, so ist (die Versetzung) nach dem Wesen der Beamtenstellung doch immer nur eine von den staatlichen Organen im dienstlichen Interesse angeordnete Maßregel.

So auch für das BGB. Planck Nr. 3, Mittelstein S. 241.

c) Zweifelhaft ist das Vorhandensein einer Versetzung, wenn ein Beamter usw. eine Stellung in einem andern Ressort, innerhalb einer anderen Beamtenkategorie

erlangt, z. B. ein Richter, Lehrer oder Geistlicher wird zum Professor, ein Richter zum Mitglied des Reichsversicherungs- oder Patentamtes ernannt. Wer mit Heymann (KrVJSchr. 43 593) zu einer strengeren Auffassung des Begriffes neigt, die Versetzung in ausschließenden Gegensatz zur Neuanstellung bringt, wird in solchen Fällen schwerlich eine Versetzung noch annehmen können. Doch scheint mir eine liberalere Auslegung möglich und geboten — nicht der formelle staatsrechtliche Gesichtspunkt, sondern die materielle Kontinuität in der allgemeinen Eigenart der Berufstätigkeit dürfte entscheidend sein. Und diese ist in den genannten Fällen vorhanden; sind es doch dabei gerade die für die frühere Stellung notwendigen und darin erlangten Kenntnisse und Fähigkeiten, auf Grund deren die neue erlangt wird. So auch Mittelstein S. 241 und, noch laxer, Crome § 245 Anm. 33, Goldmann-Lilienthal S. 580.

Wer dagegen in ein ganz andersartiges, mit dem früheren in keiner Weise innerlich zusammengehörendes Amt übertritt (z. B. ein kommandierender General wird zum Minister — es sei denn zum Kriegsminister? —, ein Offizier zum Postdirektor ernannt), bei dem dürfte in der Tat weniger Versetzung als vielmehr Neuernennung vorliegen.

d) Wer, ohne ein Amt zu haben, erstmals ein solches erhält, kann nicht versetzt werden. Zweifelhaft ist das bei der Ernennung eines Privatdozenten zum Professor. Doch dürfte hier die Anwendbarkeit des § 570 am meisten für sich haben — mag auch die Beamtenstellung des Privatdozenten nur unvollkommen entwickelt sein, so weist sie doch mit einer solchen in den entscheidenden Zügen eine genügend nahe Verwandtschaft auf, um die, materiell zweifellos vollauf gerechtfertigte, Anwendbarkeit des § 570 auf sie zu begründen.

Dagegen ist § 570 nicht auf Staatsbeamte beschränkt; Wortlaut und Sinn lassen ihn auch zu Gunsten von Kommunalbeamten anwendbar erscheinen. So auch die bei Warneyer Nr. 3 zitierte Praxis.

e) Bei Pensionierung eines Beamten oder eines Offiziers ist von der Kündigung aus § 570 keine Rede. Eine „Versetzung" ist das doch nicht; auch der innere Grund für das Kündigungsrecht entfällt hier, da der Beamte von niemandem gehindert wird, seine bisherige Wohnung weiter zu benutzen. Anders nur Dernburg § 226, V.

f) Zweifel hat der Fall erweckt, daß die **Frau** des Beamten den Mietvertrag **mitunterzeichnet** hatte. Nach einem Artikel der „Vossischen Zeitung" vom 22. IV. 1903 Nr. 186 soll dann die Kündigung ihres Ehemanns auf ihre Mitverpflichtung ohne Einfluß sein. Aber das wäre hart und sinnwidrig; es läßt sich zwar nicht dadurch vermeiden, daß man mit dem Beamten wegen BGB. § 1353 indirekt auch seine Frau als mitversetzt behandelt: denn die mitmietende Frau ist doch selbst kein Beamter. Wohl aber aus dem in Vorbem. 5 vor § 535 entwickelten Gesichtspunkte, wonach anzunehmen ist, daß die Mitunterzeichnung des Mietvertrages durch die Frau in der Regel nur eine akzessorische Mietsschuld hervorruft, eine in Bestand und Dauer von derjenigen des Ehemannes abhängige Schuld. Denn sie dient ausschließlich dem erweislichen Zweck, die eingebrachten Sachen der Frau dem Vermieterpfandrecht zur Sicherung der Ansprüche gegen den Mann zu unterwerfen, ist also im Zweifel nur als durch diesen Zweck begrenzt übernommen zu unterstellen.

3. Erfordert wird Versetzung **nach einem andern Ort**; wird also jemand in ein anderes Regiment, eine andere Unterrichtsanstalt in einem noch so fernen Teile des bisherigen Wohnsitzes versetzt, so kann der § 570 keine Anwendung finden.

4. Daß die Versetzung an einen Ort **innerhalb desselben Staates** erfolge, ist nicht unbedingt nötig; so z. B. findet das Kündigungsrecht Anwendung, wenn ein Reichsbeamter als Gesandter ins Ausland geschickt wird. Aber auch bei Übernahme eines einzelstaatlichen Beamten in den Reichsdienst (etwa beim Reichsversicherungs- oder Patentamt, beim Reichsgericht) oder bei Übertritt in den Dienst eines anderen Staates wird man bei Vorhandensein der zu 2 entwickelten Erfordernisse eine Versetzung im Sinne des Gesetzes annehmen können (so, entgegen meiner Aufl. 1, auch Crome § 245 Anm. 33, Dernburg § 226 Anm. 9, Goldmann-Lilienthal S. 580, Kober-Staudinger Nr. II, 2, Mittelstein S. 241, Türcke-Riedenführ Nr. 2). Dafür spricht zwar nicht der Wortlaut, wohl aber der Zweck und Geist des Gesetzes; es wäre unbillig, in derlei den andern materiell ganz gleichliegenden Fällen dem Beamten die in seinem wie dem staatlichen Interesse liegende Wohltat des Kündigungsrechts zu versagen.

5. Das Kündigungsrecht greift Platz nicht nur wegen der vom Beamten für sich oder seine Familie innegehabten Wohnung, d. h. sofern sie sich am bisherigen

Garnison- oder Wohnort (oder in dessen sinngemäß gleichzustellenden Vororten) befand, sondern wegen aller daselbst benutzten gemieteten „Räume", also z. B. Laboratorien, selbständiger Studierzimmer, Pferdeställe.

6. Die Kündigung hat zu geschehen unter Wahrung der **Fristen** des § 565; eine weitere halbjährliche Vergütung, wie nach Landrecht, braucht der Kündigende dem Vermieter nicht zu gewähren. Beschränkt ist die Kündigung durch den dem § 569 entsprechenden Satz 2.

7. Ob die Kündigung auch am Platze sei, wenn der Mietvertrag zwar schon abgeschlossen ist, das Mietverhältnis aber zur Zeit der Versetzung noch nicht tatsächlich begonnen hatte, ist zweifelhaft. Dafür Fürst, Recht 05 588, dagegen aber mit beachtenswerten Gründen Salinger, DJZ. 04 594ff., ebenso Kober-Staudinger Nr. I, wohl mit Recht. Denn zwar ist ein Vertrag schon geschlossen, aber ein gegenwärtiges Mietverhältnis dadurch noch nicht zur Entstehung gelangt. Für diese Meinung spricht ferner, daß die Befristung der Kündigung hier möglicherweise ganz inhaltslos wäre. Durch den Sinn der Kündigungsfrist wird sie freilich nicht unbedingt erfordert: denn dieser besteht doch darin, daß dem Vermieter genügende Zeit zur Aufsuchung eines anderen Mieters gegeben werden solle. Die hat er aber auch in unserem Fall. Somit ist die Entscheidung, zugegeben, nicht ganz zweifellos. — Daß der Mieter in dem hier unterstellten Fall die Kündigung mit Wirkung zum ersten Termin von dem Beginn der wirklichen Mietzeit kündigen könne, ist natürlich selbstverständlich.

8. Vertragsmäßige Beschränkung oder Aufhebung des Kündigungsrechtes wird als statthaft angesehen werden, da sich — leider — kein genügender Grund dafür finden läßt, von der Vermutung für den dispositiven Charakter der schuldrechtlichen Sätze hier abzuweichen. So auch Mittelstein S. 242; Kober-Staudinger Nr. III sowie das bei Warneyer Nr. 1 zitierte Erkenntnis des LG. Magdeburg. Anders Scherer Nr. IV; Keyßner im Recht 03 224; Vossische Zeitung vom 22. IV. 1903 Nr. 186 („K . . . . r").

Vorbemerkung zu §§ 571—9.

Literatur: Crome, Die juristische Natur der Miete nach dem deutschen BGB., Separatabdruck aus Iherings Jahrbüchern Bd. 37, Jena 1896; Hellwig, Verträge S. 420ff.; Heise, Rechtliche Natur der Miete, 1902; Mitteis, Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Recht, Leipziger Programm 1905, S. 20ff.; Romeick, Zur Technik des BGB., H. II, 1902; Zimmermann, Rechtswirkungen der Veräußerung und Belastung des vermieteten Grundstücks usw., München 1901.

1. **Bisheriges Recht**: Die §§ 571ff. handeln von der Wirkung einer Veräußerung der Mietsache auf das schwebende Mietverhältnis, einer Frage, die bekanntlich in der bisherigen Gesetzgebung in sehr verschiedener Weise gelöst worden war.

Das RR. hielt an dem rein persönlichen Charakter des Mietverhältnisses fest und ließ deshalb den Erwerber durch dasselbe nicht verpflichtet werden, dem Mieter den Gebrauch zu gewähren. Das GR. hat diesen Grundsatz „Kauf bricht Miete" übernommen, jedoch zeigen Theorie und Praxis vielfach Ansätze zu seiner Einschränkung (s. Windscheid II § 400 No. 7). Dagegen hat das Landrecht nach germanistischen Anschauungen den umgekehrten Grundsatz aufgestellt, s. I, 21, §§ 2ff; Dernburg, Privatrecht I § 290; der Mieter erwirbt danach mit der Übergabe der Mietsache ein dingliches Recht an derselben. Auch der Code Art. 1793 nimmt zwar nicht die Dinglichkeit der Miete (s. die Angaben bei Crome S. 9), wohl aber ihre Wirkung gegenüber dem neuen Erwerber an; das bezieht sich jedoch nur auf Immobilien und ist auch in der Einzelausführung von der landrechtlichen Auffassung in mehreren Punkten verschieden. Das SächsGB. §§ 1222ff. steht grundsätzlich auf dem romanistischen Standpunkt, gestattet aber dem Erwerber die Austreibung des Mieters nur unter Beobachtung einer Kündigungsfrist (wie auch mitunter die gemeinrechtliche Praxis); außerdem ist eine Eintragung der Miete im Grundbuch mit dinglicher Wirkung zugelassen.

Auch der erste Entwurf hatte sich dem romanistisch-gemeinrechtlichen System, gleichfalls mit Zubilligung einer Kündigungsfrist, angeschlossen, s. die Gründe in den Mot. S. 383ff. Dagegen aber erklärte sich mit seltener Einmütigkeit und Lebhaftigkeit fast die gesamte Kritik, s. die Verhandlungen des 19. und 20. Deutschen Juristentages, fernere Angaben bei Crome S. 3 No. 6, und ihren, im einzelnen freilich sehr

verschiedenartigen, Vorschlägen hat die zweite Lesung grundsätzlich Folge gegeben, s. Protok. II S. 134 ff.

2. **Anwendungsgebiet:** Die Anerkennung des Satzes, daß das Mietverhältnis auch dem neuen Erwerber gegenüber wirken soll, ist nicht für alle Fälle durchgeführt; sie hat nämlich nur statt:

a) bei der Miete von **Grundstücken** und den ihnen nach § 580 gleichgestellten Wohn- und anderen **Räumen**, also ähnlich wie im Code.

Der Mieter einer **beweglichen Sache** hat also auch nach dem BGB. nur ein rein persönliches Recht gegen seinen Vermieter. Er ist aber, von seinen Ersatzansprüchen gegen den durch die Veräußerung vertragsbrüchigen Vermieter abgesehen, dadurch geschützt, daß er Besitzer der Sache, deren Übergabe, damit auch ihre Übereignung, an den Erwerber folgerecht ohne seinen Willen unmöglich ist. Auch die Zession des Eigentumsanspruches durch den Vermieter an den Erwerber (§ 931) kann daran nichts ändern, da der Mieter nach § 986 Abs. 2 auch ihm die aus dem Mietvertrage dagegen zustehenden Einwendungen entgegenzuhalten berechtigt ist; s. dazu Denkschr. S. 115.

b) **bei dem Mieter bereits überlassenen Grundstücken.** Gegenüber einer bereits vorher vollzogenen Veräußerung kann das Mietrecht nur nach § 578 geltend gemacht werden, s. Bem. dazu; nicht dagegen auf Grund einer Eintragung im Grundbuche, da die Miete nach BGB. für eine solche angesichts der geschlossenen Zahl der im Buche III aufgeführten eintragungsfähigen Rechte nicht als geeignet anerkannt werden kann. So auch ausdrülich Prot. II S. 169 ff., RG. in DJZ. 03 S. 297.

Andererseits wirken die Sätze nicht nur gegenüber Veräußerungen, sondern auch bei Belastungen der Mietsache, § 576.

3. **Rechtliche Natur:** Ein heftiger Streit ist darüber entbrannt, ob die Miete mit Rücksicht auf die Regelung der §§ 571 ff. innerhalb der durch Nr. 2 abgesteckten Grenzen ein dingliches oder nur ein besonders wirkendes obligatorisches Rechtsverhältnis darstelle:

a) **für die Dinglichkeit** haben sich erklärt Fischer, Vortrag über das Sachenrecht des Entwurfs S. 17 (anders jetzt Fischer-Henle zu § 571 No. 2) ferner Gerber-Cosack, D. Privatrecht § 208 S. 354, Cosack I § 135, Nr. 8, II § 238; E. Fuchs bei Gruchot 46 S. 566 ff.; Meißner zu § 571 Nr. 3, Kuhlenbeck v. d. Pandekten z. BGB. II S. 306 Nr. 2.

b) **gegen die Dinglichkeit** sind weitaus die meisten, so besonders in ausführlicher, durchschlagender Darstellung Crome in der genannten Schrift, sowie im System § 234 Anm. 5, dann Eccius bei Gruchot 46 S. 572, Eck S. 500, Dernburg § 222, III, Endemann § 167 Nr. 2, § 169; Enneccerus S. 647--8, Gierke, Fahrnisbesitz S. 20 Anm. 49, Goldmann-Lilienthal S. 117, 583, Hellwig aaO., Hesse aaO., Kipp-Windscheid S. 681, Matthiaß S. 559, Mittelstein S. 300, Romeick aaO., Planck zu § 571 Nr. 1, Kober-Staudinger das. B. I, 5, und zu § 535, B. I 8, Schollmeyer S. 76, Zimmermann S. 95 ff.

So auch RG. ZS. V vom 8. IV. 1903, DJZ. 03 S. 297, das darum die Eintragbarkeit der Miete im Grundbuch trotz entsprechender Vereinbarung leugnet.

Vermittelnd („resigniert", S. 72) Mitteis, nach dem das Gesetz einen „hybriden" Standpunkt einnimmt. Die Miete ist grundsätzlich ein persönliches Recht; obligatorisch sind insbesondere der Anspruch auf den Mietzins und die Haftung des Vermieters. Aber daneben soll das dingliche Element insoweit hervortreten, als es sich um den Gebrauch und Besitz des Miet- oder Pachtobjektes handle, S. 61. Der Unterschied zeigt sich beim Anspruch gegen einen, ganz unberechtigten, dritten Störer, den Mitteis der herrschenden Meinung zuwider bejaht. Ferner bei der Vermietung (Verpachtung) durch einen Nichtberechtigten (s. unten Nr. 4b), Mitteis S. 44, 61, 67.

M. E. ist die herrschende Lehre insbesondere durch Crome einwandfrei und sicher begründet worden. Die Miete ist nach ihm eine Realobligation, indem „der Erwerber nur in die Pflichten seines Autors eintritt, insofern sie sich auf das Behalten der Sache beziehen", S. 73. Dinglich ist sie nicht, denn nach dem BGB. entsteht kein dingliches Recht durch Besitzübertragung (S. 35), was hier doch der Fall sein müßte; ferner ist aus den §§ 571 ff. nicht zu entnehmen, daß die Miete einen dinglichen Anspruch gegen jedermann (S. 43) gewähre. Der Mieter wird vielmehr gegenüber Rechtsbehauptungen dritter ausschließlich auf seinen Vermieter verwiesen; endlich wirkt die Miete insbesondere bei der Zwangsvollstreckung nicht absolut, S. 48.

S. auch Bem. 3 zu § 571.

Mitteis hat für seine Mittelmeinung einen zureichenden Beweis m. E. nicht erbracht. Seine Berufung auf § 883 trifft nicht zu, da die Annahme, die Verpachtung sei unter den Verfügungen des Abs. 2 zu verstehen, unerweislich erscheint (s. unten Nr. 4); § 957 aber mit der darin ausgesprochenen Beseitigung des Fruchterwerbes durch mala fides superveniens spricht entschieden dagegen (s. S. 52).

Ebensowenig schlagen die Gründe der Dinglichkeitstheorie durch.

Cosack und Fuchs zwar erachten es für unerläßlich, den Mieter gegen einen unberechtigten dritten Störer mindestens in demselben Maße zu schützen, wie gegen den Neuerwerber, ebenso, mit zweifellos beachtenswerten Gründen, Mitteis S. 68. Aber es ist nicht einzusehen, warum die Versagung eines solchen Anspruchs „Widersinn" sei. Gegen unberechtigte dritte schützt den Mieter in den weitaus meisten Fällen bereits sein Besitzanspruch, und wo dieser versagen sollte, hat der Vermieter in die Bresche zu springen; er ist auf Grund des Vertrages dem Mieter dazu verpflichtet (s. Bem. 1c zu § 536), wird aber in der Regel schon im naheliegenden eigensten Interesse dazu bereit sein. Dieser indirekte Schutz dürfte die Interessen des Mieters in den weitaus meisten Fällen ebenso sichern, wie es ein — jedenfalls unbequemeres — direktes Vorgehen gegen den dritten vermöchte. Daher lehnt auch die Praxis einen solchen direkten Anspruch ab, RG. vom 26. IX. 1904 in Rspr. IX S. 296.

Hat freilich der Vermieter während der Dauer des Verhältnisses das Grundstück an einen gutgläubigen dritten weiter vermietet, so ist nach der hier vertretenen Anschauung gegen diesen nichts zu machen. Aber daran kann ein Vertreter der Dinglichkeit am allerwenigsten Anstoß nehmen; gerade das Sachenrecht mit seinem durchgängigen Schutz des gutgläubigen Erwerbers zeigt die deutliche Tendenz, bestehende Rechtsverhältnisse gegenüber dem redlichen Geschäftsverkehr zurücktreten zu lassen.

Eine Dereliktion des Mietgrundstückes wird kaum praktisch werden; äußerstenfalls ließe sich bei ihr wohl schon unter entsprechender Anwendung des § 571 helfen, ebenso in etwaigen sonstigen Fällen originären Erwerbs. Der innere Grund der Vorschrift dürfte auch auf sie zutreffen, sodaß einer entsprechenden Auslegung kaum Bedenken entgegenstehen. So auch Schollmeyer S. 76.

4. a) Die §§ 571 ff. gelten zunächst nur bei Vermietung durch **den Eigentümer**; sie sind aber nach § 1017 auch auf den Fall anzuwenden, daß der **Erbbauberechtigte** vermietet hat und nun sein Erbbaurecht veräußert oder belastet

Ähnliche, aber minder weitgehende Sätze (mit Kündigungsrecht des neuen Berechtigten unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen) finden sich für die Fälle der Vermietung durch den Nießbraucher (§ 1056), den Ehegatten (§ 1423, 1546 Abs. 3, 1550 Abs. 2), den Vater (§ 1663) und den Vorerben (§ 2135) nach Beendigung ihres Nutzungsrechtes; desgleichen für die Fälle der Zwangsversteigerung der Mietsache (ZVG. § 57) und ihrer freiwilligen Veräußerung durch den Konkursverwalter, KO. § 21 Abs. 3.

b) Zweifelhaft ist, ob auch die vom **Nichteigentümer** ausgehende Vermietung dem Eigentümer und seinen Nachfolgern gegenüber im Sinne der §§ 571 ff. wirksam sei? Dafür Cosack § 238, IIIb vom Standpunkt des dinglichen Mietrechtes aus; ebenso einzelne Gegner dieser Konstruktion, wie Hellwig, Rechtskraft S. 428 ff. Sie lassen den gutgläubigen Mieter auch vom Nichteigentümer die Rechte aus §§ 571 ff. erwerben. Neuestens teilweise auch Mitteis aaO.; er nimmt den Erwerb nur für die von ihm (s. oben Nr. 3) unterstellten dinglichen Bestandteile des Mietrechtes an, d. h. das Recht auf Duldung des Besitzes und Gebrauches (S. 61, 77), nicht auch für die andern, wie z. B. das Recht auf den Mietzins. Doch könne der wahre Eigentümer, wenn er an den Vertrag gebunden sei, den Zins vom Nichtberechtigten mit einem Bereicherungsanspruch nach § 816 herausverlangen, S. 82. Vermittelnd in anderer Weise Goldmann-Lilienthal S. 584: die Vermietung durch den Nichteigentümer bindet im Sinne von §§ 571 ff. nur den, der nachher durch gutgläubigen Erwerb vom Vermieter das Eigentum des Mietgrundstücks erlangt. Dem wird man zustimmen. Daß gerade der Eigentümer vermietet haben müsse, sagt § 571 nicht; auch innere Gründe sprechen nicht dafür. Aber andererseits kann die Vermietung durch den Nichteigentümer nicht den daran gar nicht beteiligten wahren Eigentümer und dessen Rechtsnachfolger binden; schon der Wortlaut des § 571 spricht von dieser Eventualität nicht. Anders bei denen, die vom vermietenden Nichteigentümer erworben haben: wenn das Gesetz sie nach § 932 ebensogut stellt, wie wenn ihr Veräußerer Eigentümer gewesen wäre, so können sie doch unmöglich eine bessere Rechtsstellung erheischen, wie wenn ihr Vormann Eigentümer gewesen wäre, d. h. ein mit

dem **Mietrecht belastetes Eigentum.** Auch der Wortlaut des § 571 spricht dafür: auch sie haben das Eigentum durch Veräußerung vom Vermieter erlangt, wenn auch durch eine solche a non domino.

Die Auffassung von **Mitteis** kann nach dem Gesagten nicht befriedigen. Er operiert zwecks Anwendung des § 816 damit, daß die Vermietung (Verpachtung) eine **Verfügung** sei, indem sie wenigstens in einigen Beziehungen vom Gesetz unter deren Begriff gebracht werde, so in § 883, woraus er dann den weiteren Schluß auf § 893 zieht. Aber er kann das nur um den Preis des schweren Vorwurfes, daß der Verfügungsbegriff des BGB. der Einheitlichkeit entbehre. § 883 läßt sich m. E. auch anders erklären. Zwar daß die Verpachtung dem Vorgemerkten gegenüber unwirksam sei, wird niemand bestreiten; aber sie ist das auch ohne Unterstellung unter den Verfügungsbegriff des Abs. 2 daselbst schon deshalb, weil sie gerade nach unserer Auffassung **weniger** ist als eine Verfügung, also auch dem Vorgemerkten gegenüber nicht weiter als eine solche wirken kann. § 883 Abs. 2 ist also auf sie zwar nicht direkt, aber a fortiori anwendbar. § 957 spricht, wie **Mitteis** freiwillig zugibt, sogar stark gegen seine Lehre (S. 52).

5. Die §§ 571 ff. finden laut EG. Art. 172 auch auf **bereits bestehende Mietverhältnisse** Anwendung, sodaß jedoch dem Mieter bisher etwa zustehende weitergehende Rechte erhalten bleiben.

6. Sind die Bestimmungen der §§ 571 ff. **zwingendes oder nachgiebiges Recht?** Man wird sich — leider — mangels besonderer gegenteiliger Bestimmung mit **Fuld** S. 224 der letzteren Auffassung anschließen müssen, die auch der preußischen Praxis entspricht.

7. Der Einfluß der **Zwangsversteigerung** des Mietgrundstückes auf das Mietverhältnis bestimmt sich nach ZVG. § 57, wonach die §§ 571—3 Satz 1, 574—5 BGB. entsprechend anwendbar sind, der Ersteher aber ein Kündigungsrecht unter der gesetzlichen Frist haben soll. S. Näheres bei **Burchard** ZZP. 32 89 ff., besonders 154 ff.

§ 571.

Wird das vermietete Grundstück nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen dritten veräußert, so tritt der Erwerber an Stelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein.

Erfüllt der Erwerber die Verpflichtungen nicht, so haftet der Vermieter für den von dem Erwerber zu ersetzenden Schaden wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Erlangt der Mieter von dem Übergange des Eigentums durch Mitteilung des Vermieters Kenntnis, so wird der Vermieter von der Haftung befreit, wenn nicht der Mieter das Mietverhältnis für den ersten Termin kündigt, für den die Kündigung zulässig ist.

E. I 509, E. II 512, RB. 564. — Mot. S. 380 ff., Prot. II S. 134—44, D. S. 114—6.

Über den grundsätzlichen Charakter der in § 571 gegebenen Gerechtsame wurde schon in der Vorbem. geredet; hier ist das dort Gesagte in mehreren Punkten näher auszuführen.

1. Erfordert wird eine **Überlassung** der Mietsache — oder doch ihres im Sinne des Vertragszweckes **erheblicheren** Teiles, s. das Erkenntnis von Stuttgart vom 15. V. 1903 bei **Sörgel**, Rspr. 1904 S. 126 Nr. 3 zu § 571 — an den Mieter. Zweifelhaft ist dabei, wie schon bisher im Landrecht (Kontroverse zwischen **Dernburg** und **Eccius**!), ob nur eine **einmalige Überlassung** erfordert wird, oder ob der durch sie entstandene Besitz des Mieters zur Zeit der Veräußerung noch **fortdauern** muß. Für die erstere Auffassung die meisten, so **Crome** aaO. S. 34—5, **Dernburg**

§ 223 I, 2 a. E., Leske S. 237, Kober-Staudinger B I, 1, b β, Mittelstein S. 269, Planck Nr. 2, Romeick S. 66 ff., Zimmermann S. 8—9, im wesentlichen auch Kipp-Windscheid S. 684. Für die zweite Arnold S. 106, Hellwig S. 424 ff., im wesentlichen Fuld S. 208—9. Vermittelnd Endemann § 169 Anm. 31.

Der ersten, herrschenden Meinung gebührt der Vorzug; dafür spricht vor allem der Wortlaut, über den hinaus die Rechte des Mieters zu beschränken keinerlei sachlicher Anhalt vorliegt. Nach der gegenteiligen Auffassung wäre für die Fälle eines vom Mieter wieder verlorenen Besitzes gar nicht gesorgt, da das Schutzmittel des § 578 („vor der Überlassung") für sie offenbar nicht in Frage kommt. Die einzige Stütze der gegnerischen Meinung wäre der, dem Faustpfand gleich an den Besitz geknüpfte, dingliche Charakter der Miete, und dieser ist richtiger Ansicht nach nicht vorhanden (Vorbem. Nr. 3). Die Besitzüberlassung wird also nicht als andauerndes Publizitätsmittel erfordert, sondern soll nur den „untrüglichen Beweis liefern, daß der Mietvertrag schon vor der Veräußerung bestand", Crome S. 35.

Noch über die herrschende Meinung hinaus geht Romeick aaO. unter Zustimmung von Schollmeyer S. 76. Er verlangt nicht nur keine Besitzfortdauer, sondern nicht einmal Besitzerwerb des Mieters. Es genüge, wenn der Vermieter ihm die Sache überlassen habe, im Sinne eines einseitigen Aktes; Übernahme durch den Mieter sei nicht nötig, S. 66 ff.

Das erscheint bedenklich, weniger wegen des — neutralen — Wortlautes, als aus inneren Gründen; ein einseitiger, vom Mieter nicht angenommener oder sonst nicht zum Ziele gelangter Überlassungsakt schafft nicht die Manifestation der Vermietung in der Außenwelt, wie sie das Gesetz in den sonst sinnlosen Einschränkungen des § 571 als notwendige Grundlage für die Einwirkung der Miete auf dritte aufgestellt hat.

Das gesagte gilt namentlich für die Fälle der Untervermietung und des unfreiwilligen Besitzverlustes, im allgemeinen auch für die der freiwilligen Besitzaufgabe, falls nicht darin ein Verzicht auf das Mietrecht überhaupt zu sehen ist, der auch ohne Annahme durch den Vermieter (§ 397) in einer nachträglichen Geltendmachung der Rechte des § 571 gegen den Erwerber einen Vorstoß gegen Treu und Glauben zu finden uns berechtigen würde. Romeick spricht in Konsequenz seiner Grundanschauung allen nur in der Person des Mieters liegenden Tatsachen für den Wegfall der Wirkungen des § 571 die Bedeutung ab.

Dagegen wird in der freiwilligen Rückgabe an den Vermieter mit Planck im allgemeinen eine Aufhebung des Mietverhältnisses selbst, mindestens aber eine den § 571 unanwendbar machende Rückgängigmachung der Überlassung oder doch ein Verzicht auf die Rechte aus § 571 zu finden sein. Weniger weitgehend Mittelstein S. 269—70, Zimmermann S. 9, die nur kraft eines in der Rückgabe etwa zu findenden Verzichtes die genannte Wirkung eintreten lassen. Wie hier Kipp aaO.

Im Grunde besteht kaum ein Gegensatz: denn eine provisorische Zurückgabe, etwa zu Reparaturzwecken, beseitigt natürlich die Rechte aus § 571 nicht, sondern nur eine aus diesem oder jenem Grunde als endgültig gedachte.

Dagegen nimmt eine Besitzentziehung durch den Vermieter dem Mieter seine Rechtsstellung im Sinne der §§ 571 ff. nicht (so auch Romeick S. 68).

Bei vertragsmäßiger Verlängerung des ursprünglichen Mietvertrages braucht natürlich keine erneute Überlassung vollzogen zu werden, um dem Mieter die Rechte aus § 571 zu erhalten, OLG. Hamburg, Rspr. VII S. 21.

2. **Begriff der Veräußerung:** Gemeint ist damit zweifellos nicht der bloß obligatorische Kausalakt, sondern der dingliche Übereignungsakt, §§ 873, 925. So auch Zimmermann S. 6. Daraus folgt, daß, wenn das Grundstück schon früher veräußert, aber noch nicht aufgelassen war, und nun die Vermietung folgt, die §§ 571 ff. gleichfalls anwendbar sind.

Gehört zur Veräußerung auch der Fall, daß der Eigentümer durch Anfechtung seines Erwerbstitels zur Rücküberlassung gezwungen wird? v. Brünneck bei Gruchot 42 307 entscheidet verneinend, wohl mit Recht, da das keine wahre, freiwillige Veräußerung ist. Dasselbe wird gelten müssen, wenn der Vermieter durch Ausübung eines Rücktrittsrechtes zur Übertragung an einen andern gezwungen wird.

3. Mit der Veräußerung **tritt der Erwerber an Stelle des Vermieters** in die für die Dauer seines Rechts entstehenden Rechte und Pflichten, Abs. 1.

Es fragt sich, wie das zu konstruieren ist?

a) Am nächsten liegt an sich die Annahme einer gesetzlichen Zession und Schuldübernahme. Sie wird denn auch vertreten von Endemann § 169 No. 29 („die Wirkungen sind durchaus der Abtretung und der Schuldübernahme angepaßt"); auch wohl von Gerber-Cosack aaO. („der Erwerber tritt in die Verträge von Rechts wegen ein").

Für eine derartige Konstruktion auch Mittelstein S. 270—1, Zimmermann S. 11; für die Schuldübernahme auch Scherer Nr. 6a und insbesondere R. Leonhard zu Eck S. 495, 500 Anm. 1, der die Bedenken Ecks dadurch zu zerstreuen sucht, daß der Gesetzgeber die Folgen einer gesetzlichen Schuldübernahme aus Zweckmäßigkeitsgründen beschränken könne. (Diese Bemerkung wäre schlagend, wenn aus anderen Gründen feststände oder doch wahrscheinlich sei, daß wir es hier mit Zession und Schuldübernahme zu tun haben. Da aber deren Annahme selbst erst thema probandum ist, so wird die von Leonhard zugegebene abweichende Regelung als Instanz gegen die Konstruktion verwertet werden dürfen!).

b) gegen die Annahme einer gesetzlichen Übertragung sprechen sich demungeachtet die meisten aus, so schon die Protok. S. 139 und ihnen folgend Denkschr. S. 116, ferner Schollmeyer aaO., Planck Nr. 3b, Achilles No. 1, der geradezu zwischen Erwerber und Mieter ein neues Mietverhältnis mit dem Inhalt des bisherigen begründet werden läßt, endlich Crome S. 23, 37.

Dies mit Recht. Einmal würde die gesetzliche Zession den Übergang der nicht in Forderungen bestehenden Rechte des Vermieters nicht erklären, z. B. seines Kündigungsrechts (Prot. aaO.), zum andern und vor allem widerspräche sie durchaus dem in §§ 573ff. aufgestellten, nur mit gewissen Ausnahmen versehenen Prinzip, wonach die Vorausverfügungen des Vermieters über die Mietzinsforderungen dem Erwerber gegenüber grundsätzlich unwirksam sind. Denn nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet.

Wie aber das Problem positiv zu lösen sei, ist schwierig und unter den Gegnern der Konstruktion zu a) wiederum streitig:

α) Manche nehmen eine Real- oder Zustandsobligation an, so Crome, Eck S. 500, Hellwig S. 426 (dieser freilich „in besonderem Sinne", da er den Erwerber nur akzessorisch haften läßt, s. unten), Schollmeyer S. 76. Auch einige Anhänger der Schuldübernahmetheorie nähern sich dieser Auffassung (Mittelstein S. 271, Zimmermann S. 12).

β) Andere erklären sich dagegen, so Romeick S. 55ff., Enneccerus S. 647, Matthiaß S. 559. Dies aus verschiedenen Gründen: Romeick beruft sich darauf, der Erwerber rücke gar nicht stets in die Pflicht ein, sondern nur nach vorgängiger Besitzüberlassung durch den Veräußerer. Das schlägt nicht durch. Daß nicht jedes Mietverhältnis vom Gesetz mit den Wirkungen der §§ 571ff. versehen wird, schließt nicht aus, darin für die Fälle, wo es sie auslöst, eine Zustandsobligation zu erblicken.

Ferner sollen (s. Romeick S. 86, Matthiaß) nach § 577 die Pflichten gegenüber dem Mieter nicht nur gerade den neuen Eigentümer treffen. Aber wieso ist das mit einer Zustandsobligation unvereinbar? Diese bedeutet doch nur, daß gewisse Pflichten ohne weiteres jeden treffen, der ein dingliches Rechtsverhältnis an der das Medium für die Verpflichtung bildenden Sache erlangt. Jedenfalls kann sie in diesem weiteren Sinn, ohne Beschränkung gerade auf den Eigentümer, aufgefaßt werden. Das liegt in einem Falle wie dem hier vorliegenden besonders nahe: ist sogar der Eigentümer als solcher zur Gebrauchsgewährung gegenüber dem Mieter verpflichtet, so doch wohl erst recht der bloß an fremder Sache, also schwächer, Berechtigte. Seine Zustandspflicht ist eine beschränkte, aber doch nur, weil er nur beschränkt in das Mietrecht eingreifen kann.

Wichtiger sind die Gründe von Enneccerus: nach der Theorie der Zustandsobligation müßte auch ein solcher Eigentümer verpflichtet sein, der nicht durch Erwerb vom Vermieter sein Recht erlangt hat, insbesondere auch der Ersteher bei der Zwangsversteigerung; der Fiskus, der das dereliquierte Grundstück erwirbt.

Gegen die Zustandsobligation würde es auch sprechen, wenn, wie z. B. Romeick S. 77 scharfsinnig darlegt, auch der nicht zum Eigentümer gewordene — etwa schlechtgläubige — Erwerber den Ansprüchen des Mieters aus §§ 571ff. ausgesetzt sei; wenn es genügen sollte, daß der dritte in die „Eigentümersituation" (Romeick S. 84—5) tatsächlich eingerückt sei.

Aber entscheidend sind diese Bedenken um deswillen selbst nicht, weil sie auf petitiones principii beruhen. Ob nicht eine Erstreckung des § 571 auf die von Enneccerus angeführten Erwerber angezeigt sei, erscheint als eine offene, keineswegs ohne weiteres zu verneinende Frage, s. dazu Vorbem. Nr. 3 a. E. Und andererseits zwingt uns weder Wortlaut noch Sinn des Gesetzes dazu, dem Mieter einen petitorischen Anspruch gegen unberechtigte dritte zu gewähren — ihnen gegenüber bedarf es eines solchen um deswillen nicht, weil er vom Vermieter ein Einschreiten zu verlangen in der Lage ist, s. Vorbem. 3b. Es kommt hinzu, daß die Gegner der Zustandsobligation nichts rechtes an ihre Stelle zu setzen wissen: mit der Ansicht von Enneccerus, wonach das Verhältnis keiner Zurückführung auf andere bekannte Erscheinungen bedarf, wird man sich nur im äußersten Notfall befreunden können. Romeick verwendet seinen Begriff der „abgeleiteten Schuld" (s. oben zu § 556). Aber dann könnte Recht und Pflicht doch nur so für den Erwerber entstehen, wie sie im Augenblicke der „Ableitung" für den Vermieter bestanden. Und das trifft nach dem Gesetz (s. §§ 573 ff.) keineswegs überall zu.

Man wird daher bei der, im ganzen vorherrschenden, Annahme einer Real- oder Zustandsobligation stehen bleiben dürfen. Das Verhältnis ist näher so aufzufassen, daß jeder Eigentümer als solcher für die Zeit seines Eigentums wegen der aus dem Mietverhältnisse entspringenden Rechte und Pflichten ohne weiteres wie berechtigt so verpflichtet ist. Nicht durch Zession und Schuldübernahme überkommt er sie, sondern **als notwendigen Appendix seines Eigentums**, nicht aus der Person seines Vormannes und mit den seinetwegen begründeten Einreden und Beschränkungen, sondern aus eigenem Recht. Folglich kann auch jeder über die Mietforderungen grundsätzlich nur für die Zeit seines Eigentums verfügen; jede Abtretung derselben ist mit der auflösenden Rechtsbedingung behaftet: „falls er zur Zeit der Fälligkeit nicht mehr Eigentümer ist". Das erleidet nur im Interesse größerer Bewegungsfreiheit des Eigentümers nach §§ 573 ff. gewisse Beschränkungen.

Streiten könnte man darüber, ob der Eintritt des Erwerbers sich auf das Mietverhältnis als solches oder nur auf die einzelnen konkreten Vermieterrechte und -pflichten beziehe. Für letzteres Rönnberg, ArchBürgR. 17 78 ff., s. auch Hellwig, Verträge S. 431; Mittelstein S. 271 (grundsätzlich wie Rönnberg, aber unter Ablehnung seiner Folgerungen). Anders Zimmermann S. 13 ff., Kober-Staudinger B I 2a. Dies mit Recht. Allerdings spricht der Text auf den ersten Blick eher für Rönnbergs Auffassung. Aber wenn der Erwerber nicht sowohl die im Momente des Erwerbes schon vorhandenen, als vielmehr die aus dem Mietverhältnis später entstehenden Rechte und Pflichten überkommt, z. B. Rechte auf künftige Zinsraten, Vertragsstrafen, Kündigungsrechte, so kann er sie doch nur dann erlangen, wenn er Subjekt des ihre Grundlage bildenden Mietverhältnisses geworden ist. Für einen eigenen Erwerb dieser erst neuerdings eintretenden „konkreten Rechte und Pflichten" nur als solcher fehlt nach dem einmal vollendeten Erwerbsakt des Mietgrundstücks jeder Grund. Übrigens scheint die Frage praktisch nicht sehr bedeutend, und wo sie es ist — wie z. B. in der Frage nach dem Adressaten der Kündigung — sprechen praktische Erwägungen gegen Rönnberg.

γ) Die nach dem Gesagten vorliegende Realobligation ist nicht mit einer Reallast zu verwechseln, s. über den Unterschied Crome S. 41, **Hellwig** S. 426–7. Diese ist im BGB. als dingliches Recht gestaltet, was bei den Mieterrechten nach dem in der Vorbem. Gesagten nicht zutrifft. Auch stehen der Reallast nicht, wie dem Mieterrecht, Pflichten in synallagmatischer Verbindung gegenüber.

3. **Der Umfang der Rechte und Pflichten** (ausführlich darüber Planck Nr. 3) ergibt sich aus dem Wortlaute des Paragraphen und dem zu 2 Gesagten ohne Schwierigkeiten:

a) Der Erwerber muß alle Bestimmungen des Mietvertrages einschließlich späterer, selbst mündlicher, Abänderungen gegen sich gelten lassen (zum Schutze gegenüber seinem Vormann dient die Bestimmung des § 444); er kann den Mietzins für die Zeit seines Eigentums fordern (s. dazu § 573), ohne Einwendungen aus der Person des Vermieters ausgesetzt zu sein, und es steht ihm deswegen und wegen seiner sonstigen Ansprüche das gesetzliche Pfandrecht des § 559 zu. Eine Gebrauchsüberlassung an dritte muß er sich in demselben Umfange, wie sein Vormann, gefallen lassen.

b) Umgekehrt überkommt er von nun an die Pflichten des Vermieters und haftet dafür mit seinem ganzen Vermögen. Für einmal in der Besitzzeit des Vormanns entstandene konkrete Ersatzansprüche ist er nicht verantwortlich. Zweifelhaft ist nur,

wieweit der Erwerber ersatzpflichtig sei, wenn die Voraussetzungen der Ersatzpflicht bereits in der Person des Vermieters eingetreten waren, der Schaden selbst aber erst nach dem Zeitpunkt des Erwerbs eintritt, z. B. der Vermieter war in Verzug geraten mit der Beseitigung eines Mangels. Daß alsdann der Erwerber hafte, ist mit Goldmann-Lilienthal S. 586 und Kober-Staudinger I, 3d anzunehmen. Denn auch das sind Pflichten aus dem Mietverhältnis, die während der Dauer des Erwerberrechtes entstehen, für deren (spätere) Entstehung der Veräußerer andererseits in wirksamer Weise den Grund gelegt hatte, da ihm bis zur Veräußerung die Vermieterstellung mit allen ihren Konsequenzen zustand.

c) Zweifelhaft ist, ob der Erwerber den Zins nur, soweit er gerade auf seine Eigentumszeit entfällt, fordern kann, oder auch den auf die frühere Gebrauchszeit entfallenden, aber erst nach dem Eigentumserwerb fällig gewordenen. Für das letztere Mittelstein S. 279 und dort zitierte, Zimmermann S. 28, OLG. Oldenburg Rspr. VII S. 23, anders nur Brückner S. 100. Die herrschende Ansicht empfiehlt sich jedenfalls aus praktischen Rücksichten, sie läßt sich aber auch theoretisch dadurch rechtfertigen, daß der Zinsanspruch einheitlich mit dem Fälligkeitstage entsteht, nicht für jede Zeiteinheit als ein besonderer Teilanspruch. Dafür spricht auch § 573 insofern, als nach der gegnerischen Meinung das Verfügungsrecht des Vermieters über die dem beim Eigentumsübergang verflossenen Teile des „laufenden Vierteljahres" entsprechende Zinsquote schon ohnedies selbstverständlich wäre, während § 573 dasselbe doch wegen des ganzen laufenden Vierteljahrs als etwas besonderes aufstellt. § 101 Z. 2 freilich, den man gleichfalls für die herrschende Meinung angezogen hat, spricht nicht für, sondern eher gegen sie.

d) Daß der Erwerber die einzelnen Klauseln des Mietvertrages **kenne**, wird nicht erfordert; der Text des Absatzes 1 läßt für eine derartige Unterscheidung keinen Raum. So auch Mittelstein S. 275 und dort zitierte.

e) Etwaige Vermieterpflichten in Bezug auf das **mitvermietete Inventar**, z. B. Vorkaufsrecht des Mieters daran, gehen nicht ohne weiteres auf dessen Ersteher über, sondern höchstens dann, wenn das Inventar als Zubehör des Grundstücks mit diesem zugleich veräußert worden; nicht auch dann, wenn es an einen dritten Erwerber übergegangen ist. Letzterenfalls wird der Grundstückserwerber selbst dann wegen des Inventars nicht durch die §§ 571 ff. betroffen, wenn er das Inventar nachher seinerseits vom Dritterwerber erstanden hat; so mit Recht OLG. Hamburg vom 26. X. 1903 in Rspr. VII S. 467.

f) Kann der Erwerber den vom Mieter dem Vermieter an die Hand gegebenen Kündigungsgrund (z. B. Rückstand zweier Zinsraten) seinerseits geltend machen? Dagegen KG. vom 18. V. 1903 in Rspr. VII S. 466, weil ein neues Schuldverhältnis entstanden sei, keine Sukzession in die Vermieterrechte vorliege. Das scheint in der Tat zutreffend.

4. **Stellung des Vermieters:**

a) Der veräußernde Vermieter behält an sich die während seiner Besitzzeit einmal entstandenen konkreten Rechte und Pflichten, namentlich auch das ihm wegen ersterer zustehende gesetzliche Pfandrecht an den Illaten des Mieters (ein Antrag, dasselbe erlöschen zu lassen, wurde in der 2. Kommission abgelehnt). So auch OLG. Celle in Rspr. IX S. 296.

Er kann diese Rechte natürlich dem Erwerber mit übertragen, aber nur durch gewöhnlichen Übertragungsakt nach §§ 398 ff., also insbesondere nur unter Wahrung der dem Mieter ihm gegenüber zustehenden Einreden und unter Berücksichtigung etwa vorher vorgenommener anderweiter Verfügungsakte.

Soweit das gesetzliche Pfandrecht dem Vermieter verblieben ist, geht es, als das ältere, dem Pfandrecht des Erwerbers vor; so richtig Zimmermann S. 56, s. auch Mittelstein S. 204—5 und oben Bem. zu § 559.

Ferner verbleiben dem Vermieter auch die einmal in seiner Person entstandenen Entschädigungsansprüche und -pflichten, Zimmermann S. 27—8 und oben Nr. 3.

b) Wegen der neu entstehenden Pflichten müßte dagegen der Veräußerer an sich nunmehr frei werden. Er soll jedoch nach der positiven Bestimmung des **Abs. 2** noch immer wie ein selbstschuldnerischer Bürge, also nach § 773 Abs. 1, dem Mieter für Nichterfüllung der Pflichten des Erwerbers haftbar bleiben. Erst wenn der Mieter die erste ihm nach Gesetz oder Vertrag zustehende Kündigung (unten c) unterläßt, tritt nach Satz 2 insoweit Befreiung des Vermieters ein. Dagegen bleibt er wegen der aus seiner Besitzzeit entstammenden Pflichten demungeachtet verhaftet,

es müßte denn gemäß § 558 eine Verjährung der fraglichen Ansprüche bereits eingetreten sein.

Eine andere Auffassung von der Stellung des Vermieters zu diesen neu entstehenden Ansprüchen hat Hellwig, Verträge S. 426ff. Danach haftet er trotz des — unpassenden — gesetzlichen Ausdrucks nicht als Bürge, sondern auch weiterhin als Vertragsschuldner; der Eintritt des Erwerbers ist nur akzessorisch — dieser Ausdruck auch bei Kipp zu Windscheid S. 684, noch weitergehend als Hellwig Rönnberg, ArchBürgR. 17 78. Anders die meisten, besonders Romeick S. 34ff., 40, Mittelstein S. 272. Eine Folge der Hellwigschen Anschauung würde u. a. sein, daß bei Eigentumsaufgabe des Grundstücks durch den Erwerber die Pflichten des alten Vermieters wieder in vollem Umfange hervortreten, Hellwig S. 435.

Die Hellwigsche Ansicht ist möglich, rechtspolitisch vielleicht beachtenswert, aber für die Erklärung des geltenden Rechts m. E. weder erforderlich noch auch nur wahrscheinlich. Der Wortlaut des Gesetzes spricht, zugegeben nicht allein entscheidend, dagegen. Ferner sind es doch nur bestimmte Pflichten, für die der veräußernde Vermieter noch haftet. Dadurch und durch die erleichterte Befreiungsmöglichkeit des Vermieters in Abs. 2 Satz 2 rückt das Gesetz die Verbindlichkeit des Erwerbers in aller Form so sehr in die erste Reihe, daß auch die Theorie gut daran tut, in ihr fortan die charakteristische Hauptverbindlichkeit zu erblicken. § 572 kann, als offenbarer Ausnahmesatz, für die gegenteilige Anschauung nicht verwertet werden. Die bürgschaftsartige Haftung des Vermieters ist allerdings wohl Fortdauer seiner alten Vertragspflicht, nicht eine neu entstandene Verbindlichkeit — dies schon deshalb, weil sie vom Gesetz ja nur als eine normalerweise vorübergehende angelegt ist. Auch ist sie ja keine Bürgenhaftung, wird nur praktisch wie eine solche behandelt. Es handelt sich vielmehr nur um einen residuären Rest der früheren Vermieterstellung, die trotz der Veräußerung des Grundstücks noch zunächst gewisse Nachwirkungen äußert. Die Vermieterschuld ist nach § 571 zunächst und wesentlich Realschuld, aber daneben auch innerhalb der durch Abs. 2 Satz 2 gewiesenen Grenzen reine Vertragsschuld, d. h. von dem Eigentum am Grundstück unabhängig. Vertrags- und Realschuld sind, soweit nebeneinanderlaufend, (unechte) Solidarschulden.

Die „Mitteilung" des Satzes 2 ist einseitige, empfangsbedürftige Erklärung im Sinne des § 130. Sie ist unbedingtes Erfordernis; eine anderswoher erlangte Kenntnis des Mieters genügt nicht.

c) **Über die Kündigung** s. die Bem. zu 564 Nr. 2. In Bezug auf sie erheben sich verschiedene Zweifelspunkte:

α) Wann ist zu kündigen, wenn die Fristen dafür bei Mieter und Vermieter verschieden bestimmt waren? Da es sich um eine Kündigung des Mieters handelt, so wird dieselbe, um das Recht gegen den Veräußerer zu erhalten, bis zu dem Termin erfolgen müssen, für den dem Mieter die Kündigung möglich war. S. auch Zimmermann S. 64—5 (teilweise anders).

β) Wem ist zu kündigen? S. näher Rönnberg, ZivArch. 17 78ff. Er meint: dem Vermieter, da der Erwerber erst mit Unterlassung der Kündigung in das Verhältnis eintrete, nicht schon mit dem Eigentumserwerb, S. 86. Allerdings könne sie auch dem Erwerber gegenüber erfolgen, S. 87.

Die Berechtigung dieser Lehre steht und fällt mit ihrer Prämisse (s. dazu und dagegen oben bei Besprechung der Hellwigschen Konstruktion). Wer den Erwerber bereits als wahres Subjekt des Mietverhältnisses ansieht und die Vermieterpflichten des Abs. 2 nur als einen ausnahmsweise bestehen gebliebenen Rest der Vertragswirkungen für ihn, kann auch jenen als den richtigen Adressaten der Kündigung allein anerkennen. So auch Mittelstein S. 277, Zimmermann S. 13—4.

γ) Von wann ab wirkt die Kündigung? Begründet sie Befreiung des Veräußerers nur für die Zukunft oder auch für die Vergangenheit? Für die erstere Annahme Planck Nr. 4c — mit ausführlichen Angaben über die Entstehungsgeschichte —, Fuld S. 212, Dernburg § 223 a. E., Goldmann-Lilienthal S. 587, Kober-Staudinger Nr. 11, 2b, Matthiaß S. 562, Mittelstein S. 290—1, Türcke-Niedenführ Nr. 9, Zimmermann S. 60, 62. Anders meine Aufl. 1 wegen des allgemein redenden Wortlautes („wird befreit"). Aber gegenüber dem einmütigen Widerspruch kann ich meine frühere Meinung umsoweniger aufrechterhalten, als sie in der Tat bedenklich ist. Es heißt ja nicht, daß der Vermieter von

seinen Verbindlichkeiten, sondern daß er von der Haftung, d. h. vom Einstehenmüssen für das Benehmen des Erwerbers, fortan befreit werde; mit dem Fortbestand der einmal begründeten konkreten Pflichten ist das durchaus vereinbar.

5. Recht und Pflicht des Erwerbers sind zunächst gesetzliche Folgen des Eigentumsüberganges. Sie können aber auch einen **vertragsmäßigen** Charakter annehmen, wenn Mieter und Erwerber miteinander einen Mietvertrag eingehen oder den alten umändern. Natürlich entfällt in solchen Fällen fortan die Haftung des ursprünglichen Vermieters, auch vor Ablauf der sich aus Abs. 2 Satz 2 ergebenden Frist. Ob aber diese Umwandlung des Verhältnisses in ein vertragliches ohne weiteres dadurch eintrete, daß der Mieter nicht im Sinne des Satz 2 cit. kündigt (so Mittelstein S. 273—4, Rönnberg aaO., Zimmermann S. 17, 69, s. auch Klein, Rechtsformen der Gebrauchsleihe S. 11), erscheint zweifelhaft und läßt sich nicht ohne Fiktionen durchführen.

6. Über den Fall einer **Veräußerung an mehrere** s. Zimmermann S. 21 und dort zitierte.

§ 572.

Hat der Mieter des veräußerten Grundstücks dem Vermieter für die Erfüllung seiner Verpflichtungen Sicherheit geleistet, so tritt der Erwerber in die dadurch begründeten Rechte ein. Zur Rückgewähr der Sicherheit ist er nur verpflichtet, wenn sie ihm ausgehändigt wird oder wenn er dem Vermieter gegenüber die Verpflichtung zur Rückgewähr übernimmt.

E. II 513, RB. 565. — Prot. II S. 260—3, D S. 116—7.

Literatur: v. Brünneck bei Gruchot 47 288ff.; Nissen, JW. 04 545ff.; auch Haas, Sicherstellung durch Übereignung einer Geldsumme, 1899, S. 59ff.; Mittelstein S. 280—1.

1. Die Bestimmung enthält eine zweckmäßige Klarstellung eines in der bisherigen preußischen Praxis unsicheren und durch § 571 nicht zweifelsfrei entschiedenen Punktes. Obwohl es sich hier nicht um eine Zession handelt, erwirbt doch der Erwerber die Rechte aus der vom Mieter — oder Pächter, bei dem sie häufiger vorkommen wird — geleisteten Sicherheit.

Dagegen die Rückgabepflicht aus der Sicherheitsleistung überkommt er — Ausnahme von § 571 — nicht ohne weiteres, sondern erst:

a) durch Aushändigung (seitens des Vermieters),

b) durch besondere Übernahme dieser Verbindlichkeit, sei es nach § 414 durch Vertrag mit dem Mieter, sei es nach § 415 durch solchen mit dem Vermieter. Beitritt des Mieters erscheint im letzteren Falle insoweit als nötig, als der Übernahmevertrag privativ gemeint ist. Nur das wollte die von Mittelstein S. 281 und Zimmermann S. 47 beanstandete Bemerkung in Aufl. 1 besagen.

Der Grund ist nach den Prot. II S. 261 der, daß sonst die Stellung des Mieters dem Erwerber gegenüber allzusehr begünstigt werde; die fragliche Pflicht sei auch nicht eine unmittelbar aus dem Mietverhältnis (s. § 571), sondern erst aus einem Nebenvertrage entspringende und durch die Hingabe bedingte.

Daß in den Fällen a—b der Vermieter von der Rückgabepflicht frei werde, ist nicht anzunehmen. Er wird es vielmehr nur dann, wenn der Vertrag zu b) erweislich privativ gemeint war. Übrigens bleibt er zwar nicht endgültig verpflichtet, aber wenigstens nach Maßgabe des § 571 Abs. 2, der, weil insoweit nicht abgeändert, auch für das Gebiet des § 572 maßgebend sein muß. S. auch Nissen aaO.

2. Zur Stellung einer neuen Sicherheit an den Erwerber ist der Mieter selbst dann nicht verpflichtet, wenn der Vermieter die alte jenem vertragswidrig nicht ausgehändigt hat. Alsdann kann sowohl der Erwerber wie der Mieter auf solche Aushändigung klagen, s. Fränkel S. 75; nicht aber dieser auf Rückgabe an sich selbst.

§ 573.

Eine Verfügung, die der Vermieter vor dem Übergange des Eigentums über den auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers entfallenden Mietzins getroffen hat, ist insoweit wirksam, als sie sich auf den Mietzins für das zur Zeit des Überganges des Eigentums laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht. Eine Verfügung über den Mietzins für eine spätere Zeit muß der Erwerber gegen sich gelten lassen, wenn er sie zurzeit des Überganges des Eigentums kennt.

E. II 514, RV. 566. — Prot. II S. 144—47, D. S. 117—8.

1. **Allgemeines**: Über den dem § 573 zu Grunde liegenden Gedanken ist schon oben bei § 571 Nr. 3 gehandelt worden. Die beschränkte Wirkung von Vorausverfügungen des Vermieters über den Mietzins ist danach keine positive Sonderbestimmung, wie sie vom Standpunkt derer erscheinen müßte, die in § 571 eine cessio legis anerkannt finden; sie ist vielmehr nur **Ausdruck des oben festgestellten Prinzips der Realobligation**. Darum wird auch nicht die Unwirksamkeit der weitergehenden, sondern umgekehrt die ausnahmsweise eintretende Wirksamkeit der in § 573 genannten beschränkten Vorausverfügungen angeordnet, und zwar für folgende zwei Fälle, von denen der erste der notwendigen Bewegungsfreiheit des Vermieters, der zweite dem Schutze des Mieters dient (Planck Nr. 1—2; RG. 58 Nr. 46 S. 184):

a) der Verfügungen, die sich auf den Mietzins für das zur Zeit des Eigentumsüberganges **laufende** und das **folgende Kalenderquartal** beziehen.

b) der **dem Erwerber** beim Eigentumsübergang — also nicht notwendig auch schon beim Abschluß des obligatorischen Erwerbsgeschäftes — **bekannten** Verfügungen. Woher diese Kenntnis stammt, ist hier gleichgültig, anders als nach § 572 Abs. 2 Satz 2; doch muß der Mieter ihr Vorhandensein beweisen.

2. Die Bestimmung bezieht sich auf alle **Verfügungen**, also auf Übertragungen, ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund (§§ 398 ff.), Verpfändungen (§§ 1279 ff.), Nießbrauchbestellungen. Speziell über Geschäfte zwischen Vermieter und Mieter handelt neben § 573 noch der folgende § 574.

Ob, was von Verfügungen des Vermieters gilt, auch auf diejenigen seiner Gläubiger ausgedehnt werden dürfe, ob also auch **Pfändungen** im Umfange des § 573 dem neuen Erwerber gegenüber wirksam seien, ist zu einer der erbittersten Streitfragen des neuen Rechts geworden. Gegen die Gleichstellung haben sich erklärt Bendix, JW. **02** 58 ff., Cohen, DJZ. **04** 499 ff., Goldmann-Lilienthal S. 588—90 Anm. 22, Reinhard, SächsArch. **12** 129 ff., Scherer, Zimmermann S. 31 ff.

Dafür Fuld S. 222, Mittelstein S. 282, Karsten, JW. **02** 283 ff., DJZ. **05** 65, Lafrenz, JW. **02** 352 ff., Wolff bei Gruchot **48** 255 ff. (mit weiteren Angaben aus Literatur und Rechtsprechung), Kober-Staudinger Nr. II 2c (ebenso).

In der Rechtsprechung überwiegt die bejahende Meinung entschiedener, als in der Theorie. Den verneinenden Erkenntnissen der OLG. Celle vom 26. II. 1903, Rspr. VII S. 27 und Frankfurt, Recht **03** 550, stehen als bejahende gegenüber RG. ZS. V vom 28. V. 1904, Bd. 58 Nr. 46 S. 181 und ZS. III vom 20. IX. 1904, Bd. 59 Nr. 54 S. 177 ff. (mit eingehender Begründung), ferner KG. vom 9. XI. 1903, Rspr. VII S. 469 und bei Seuffert 59 Nr. 120 S. 220, OLG. Braunschweig bei Seuffert 59 Nr. 201 S. 356, OLG. Dresden vom 30. XII. 1901, Rspr. IV. S. 229 und vom 6. X. 1902, das. VII S. 24, OLG. Hamburg vom 8. XII. 1903, das. VIII S. 398 (HansGZ. 1904 Nr. 23), OLG. Jena vom 29. VII. 1903, das. VII S. 310 ff., OLG. Kiel vom 21. X. 1901, das. III S. 358.

Die Anhänger der verneinenden Meinung berufen sich zunächst auf den Wortlaut, ferner darauf, daß die gepfändete Forderung zu dem auf die Zeit nach dem Eigentumsübergang entfallenden Betrage niemals den Veräußerer zugestanden, die Pfändung also insoweit gar keine diesem zustehende Forderung getroffen habe (Bendix); ferner darauf, daß die Ausnahmeregel des § 573 nur im Interesse des Vermieters gegeben sei, nicht auch in dem seiner Gläubiger (Reinhard); es sei ferner ein Unding, daß jemand sich aus dem Vermögen eines andern als seines Schuldners befriedigen könne.

Demgegenüber berufen die Anhänger der Gleichstellung (so das RG. und Wolff S. 259) sich besonders auf rechtspolitische Gründe, ihre Ablehnung würde Zwangsversteigerungen wegen geringfügiger Beträge befördern. Auch die Entstehungsgeschichte wie der Zweck des Gesetzes werden zu Gunsten der Gleichstellung angeführt.

Dem wird man beistimmen. Die Prämisse der Gegner, daß die Ausdehnung der Übertragbarkeit im Sinne des § 573 nur dem Interesse der Gläubiger, nicht dem des Schuldners diene, ist verfehlt; indem sie der Zwangsversteigerung entgegenwirkt, nützt sie gerade diesem in nicht unerheblicher Weise. Ferner ist § 573, wenn auch formell eine Ausnahmeschrift, doch materiell ein prinzipiell gerechtfertigtes Kompromiß zwischen den Interessen der verschiedenen Beteiligten: nur auf die nicht unter § 573 fallenden Mietszinsen soll der Erwerber einen unantastbaren Anspruch haben; ich sehe nicht ein, warum der Satz nicht einer erweiternden Auslegung insoweit fähig sein solle, als diese mit den Grundsätzen seiner Kompromißnatur in vollem Einklang bleibt.

3. Auf die Verfügungen **nach Übertragung** des Eigentums bezieht sich § 573 überhaupt nicht; sie sind im allgemeinen ganz ungültig, nur mit gewissen Modifikationen nach § 574.

4. Ob und welche **Regreßansprüche** der durch die — im Umfange des § 573 ihm gegenüber wirksame — Vorausverfügung geschädigte Erwerber gegen den Vermieter hat, bestimmt sich nach dem zu Grunde liegenden Kausalverhältnis.

5. Eine ähnliche Bestimmung enthält § 1124.

§ 574.

Ein Rechtsgeschäft, das zwischen dem Mieter und dem Vermieter in Ansehung der Mietzinsforderung vorgenommen wird, insbesondere die Entrichtung des Mietzinses, ist dem Erwerber gegenüber wirksam, soweit es sich nicht auf den Mietzins für eine spätere Zeit als das Kalendervierteljahr, in welchem der Mieter von dem Übergange des Eigentums Kenntnis erlangt, und das folgende Vierteljahr bezieht. Ein Rechtsgeschäft, das nach dem Übergange des Eigentums vorgenommen wird, ist jedoch unwirksam, wenn der Mieter bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts von dem Übergange des Eigentums Kenntnis hat.

E. II 515, RV. 567. — Prot. II S. 144–7, D. S. 118.

1. Die §§ 573 und 574 stehen im Verhältnis zweier sich schneidender Kreise. Das Gebiet des § 573 ist insofern weiter, als er allgemein von „Verfügungen" redet, ohne Beschränkung auf die Person des Mieters als Gegenkontrahenten. Es ist andererseits enger, weil er sich auf Verfügungen über den Mietzins beschränkt. § 574 dagegen bestimmt insoweit unbeschränkt über die Wirksamkeit der zwischen Vermieter und Mieter geschlossenen Geschäfte dem Erwerber gegenüber. Auch sie sind an sich nur wirksam für die Zeit des Eigentums des kontrahierenden Vermieters, jedoch macht der § 574 davon gewisse erweiternde Ausnahmen, die insbesondere dem Schutz des gutgläubigen Mieters dienen.

Die Ausnahmen erscheinen denen des § 573 ähnlich, aber weitergehend. Es sind folgende:

a) **Rechtsgeschäfte aus der Zeit vor dem Eigentumsübergange.** Sie sind schlechthin wirksam, wofern sie sich nicht auf eine spätere Zeit als das Kalendervierteljahr beziehen, in dem der Mieter von dem Eigentumsübergang Kenntnis erlangt, und das diesem folgende.

In § 573 war nicht das Vierteljahr der **erlangten** Kenntnis vom Eigentumsübergang, sondern das des Überganges selbst für maßgebend erklärt.

b) Selbst **die in einem späteren Zeitraum abgeschlossenen** Rechtsgeschäfte mit dem zu a angegebenen Inhalte sind hier, im Gegensatz zu § 573, nicht schlechthin unwirksam,

sondern nur dann, wenn der Mieter bei ihrer Vornahme vom Eigentumsübergang Kenntnis hat (s. die ähnliche Bestimmung in § 407).

c) Es fragt sich, ob **daneben** nicht auf unseren Fall **die Bestimmung des § 573** insoweit Anwendung finde, als sie den Mieter noch weiter begünstigt. Das ist nach S. 2 daselbst der Fall bei Geschäften über den Mietzins für eine spätere als die zu a angegebene Zeit, falls der Erwerber davon beim Eigentumsübergang Kenntnis hatte. Man wird die Frage bejahen, denn der § 573 umfaßt seinem Wortlaut nach alle „Verfügungen" des Vermieters über den Zins, also auch solche, die er dem Mieter gegenüber vorgenommen hat, z. B. Erlaß, Stundung, Einziehung der Zinsforderung. § 574 will diese offenbar nur weiter begünstigen, nicht teilweise mehr erschweren.

d) Ist nicht als weitere Ausnahme der Fall anzuerkennen, daß das Rechtsgeschäft, um gegenüber dem Erwerber wirken zu können, zwar nicht den Erfordernissen des Textes genügt, aber gemäß den Bestimmungen des Mietvertrages vorgenommen ist? Z. B. der Mietzins war vertragsmäßig auf ein Jahr voraus zu bezahlen. Dafür Schollmeyer S. 79, Zimmermann S. 35ff., weil der zur Zeit des Eigentumsüberganges bestehende Vertrag auch für die Rechtsstellung des Erwerbers maßgebend sei. So auch Arnold S. 85, 113; Kober-Staudinger Nr. II, 1b. Anders Mittelstein S. 285, aber wohl mit Unrecht.

Der Wortlaut freilich ergibt nicht die Bejahung der Frage, und dagegen spricht die Erwägung, daß der Zinsanspruch als nach den Grundsätzen unseres Rechts für die nicht durch § 574 gedeckte Zeit von vornherein nicht in der Person des Vermieters, sondern des Erwerbers entstanden zu sein erscheinen möchte.

Aber andererseits: ist der Zinsanspruch nach der Abrede vor dem Eigentumsübergang fällig geworden, so ist er doch wohl kein im Sinne des § 571 während der Eigentumsdauer des Erwerbers „sich aus dem Mietverhältnis ergebendes Recht", denn ich sehe nicht ein, wie sich das rechtlich anders als nach dem Fälligkeitsmoment bestimmen soll; die Benutzungszeit, für die die einzelne Zinsrate das Äquivalent bildet, ist zwar wirtschaftlich, aber nicht unbedingt auch rechtlich für die Entstehung des Zinsanspruchs entscheidend. Mit § 574 läßt sich diese Auffassung dadurch vereinigen, daß man sein Anwendungsgebiet auf die Fälle beschränkt, wo ein selbständiges, vom freien Willen des Mieters abhängiges Geschäft vollzogen wird. Die Leistung des fälligen Zinses aber ist für ihn eine erzwingbare, gar nicht notwendig von seiner Mitwirkung abhängige — man denke an die Zwangsvollstreckung! — Maßnahme. Es wäre sinnwidrig, darauf § 574 anzuwenden.

2. Zu den „Rechtsgeschäften" des § 574 gehört neben der Entrichtung des (noch nicht fälligen, s. oben Nr. 1d) Mietzinses u. a. auch die Annahme an Zahlungsstatt, der Erlaß, die Schuldumwandelung. Ob aber auch eine nachträgliche Umänderung der Mietvertrages? Schwerlich; sie muß der Erwerber, soweit er seinen Rechtserwerb vollzogen, vollinhaltlich gegen sich gelten lassen, Zimmermann S. 34; Kober-Staudinger zu § 573 II 2c γ. Denn ist der Vertrag die Grundlage seines Rechts, so doch der Vertrag, wie er zur Zeit des Erwerbes bestand, und das ist eben der umgeänderte, nicht mehr der ursprüngliche Vertrag.

Dagegen braucht das Geschäft, um unter § 574 zu fallen, kein zweiseitiges zu sein: auch einseitige rechtsgeschäftliche Erklärungen gehören nach Sinn und Wortlaut dahin, z. B. die Aufrechnungserklärung, nicht minder die Kündigung. Bei dieser erhebt sich allerdings der Zweifel, ob sie überhaupt ein Geschäft „in Ansehung der Forderung" sei. Sie trifft unmittelbar doch nicht diese, sondern das Mietverhältnis als Ganzes. Aber indem sie dieses beendet, läßt sie die Forderung fürderhin nicht mehr zur Entstehung kommen, und es ist nicht abzusehen, warum ein ihre Entstehung hinderndes Geschäft weniger Beziehung zur Forderung haben soll, als ein die entstandene aufhebendes. So auch im Ergebnis Goldmann-Lilienthal S. 590; Zimmermann S. 49. S. auch Protok. II S. 147.

3. Den **Beweis** der Kenntnis zu a und b muß der Vermieter führen. Woher aber der Mieter sie erlangt hat, ist wiederum gleichgültig.

4. Wegen der **Regreßansprüche** des Erwerbers gilt das zu § 473 Nr. 4 Gesagte auch hier.

5. Rechtsgeschäfte **zwischen dem Zessionar der Mietsforderung und dem Mieter** stehen den in § 474 geregelten natürlich gleich, Planck Abs. 2; Mittelstein S. 286.

§ 575.

Soweit die Entrichtung des Mietzinses an den Vermieter nach § 574 dem Erwerber gegenüber wirksam ist, kann der Mieter gegen die Mietzinsforderung des Erwerbers eine ihm gegen den Vermieter zustehende Forderung aufrechnen. Die Aufrechnung ist ausgeschlossen, wenn der Mieter die Gegenforderung erworben hat, nachdem er von dem Übergange des Eigentums Kenntnis erlangt hat, oder wenn die Gegenforderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als der Mietzins fällig geworden ist.

E. II 516, RB. 568. — Prot. II S. 144 ff.

1. Der § 575 enthält im wesentlichen nur eine besondere Anwendung der im vorigen Paragraphen aufgestellten Sätze und entspricht dem § 406 bei der Zession. Der Satz würde sich aus dem allgemeinen Recht der Aufrechnung von selbst verstehen, wenn er sich auf die vor dem Eigentumsübergang entstandenen Gegenforderungen bezöge. Er handelt aber von den erst später entstandenen, da nur sie dem Erwerber zustehende Zinsforderungen darstellen. Da dieser sie auch nicht als Zessionar des Vermieters erworben hat, würde nach dem allgemeinen Recht der Aufrechnung eine solche dagegen nicht stattfinden können — es fehlte an Identität der berechtigten und verpflichteten Personen, s. Zimmermann S. 38; anders meine Aufl. 1 und Mittelstein S. 286.

Das Aufrechnungsrecht des Mieter-Gläubigers findet nach § 575 statt:

a) Nur gegenüber solchen Mietzinsforderungen des Erwerbers, die sich auf den Zins bis zu erlangter Kenntnis des Mieters vom Eigentumsübergang, sowie auf das alsdann laufende und folgende Quartal beziehen.

b) Auch im Rahmen von a nicht wegen solcher Forderungen des Mieters, die er nach erlangter Kenntnis vom Eigentumsübergang erworben hat oder die doch erst nachher, und zugleich nach dem Gegenanspruch auf den Mietzins, fällig geworden sind. Dies entsprechend § 406, s. Bem. dazu.

2. Ist die Aufrechnung in dieser weitgehenden Weise nur zulässig mit Gegenforderungen aus dem Mietvertrage oder auch mit sonstigen? Für ersteres die vorwiegende Preußische Praxis, für das BGB. ebenso Fuld S. 215. Gegenüber dem allgemein redenden Wortlaut und bei dem Mangel durchschlagender innerer Gründe schwerlich mit Recht. Gegen die Beschränkung auch Kober-Staudinger Nr. 3; Mittelstein S. 287; Türcke-Riedenführ Nr. 2.

§ 576.

Zeigt der Vermieter dem Mieter an, daß er das Eigentum an dem vermieteten Grundstück auf einen dritten übertragen habe, so muß er in Ansehung der Mietzinsforderung die angezeigte Übertragung dem Mieter gegenüber gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist.

Die Anzeige kann nur mit Zustimmung desjenigen zurückgenommen werden, welcher als der neue Eigentümer bezeichnet worden ist.

E. II 517, RB. 569. — Prot. wie zu § 575.

Auch dieser Satz entspricht der analogen Bestimmung bei der Zession, § 409, s. Bem. dazu; ähnliches ist auch schon in § 171 für die Vollmacht angeordnet. Die Rücksicht auf die Interessen des redlichen Verkehrs erfordert diesen Schutz umsomehr, als ja der Gegner selbst den Miether in die Meinung versetzt hat, er müsse dem angeblichen Erwerber leisten. Es handelt sich dabei aber nur um ein Recht des Mieters; verpflichtet, die Anzeige gegen sich gelten zu lassen, ist er nicht, Mittelstein S. 288 Anm. 60; Zimmermann S. 44; anders Fuld S. 216.

Ist der dritte sogar als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, ohne es doch in Wahrheit zu sein, so schützt den Mieter auch der Grundsatz des § 893.

§ 577.

Wird das vermietete Grundstück nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter mit dem Rechte eines dritten belastet, so finden die Vorschriften der §§ 571 bis 576 entsprechende Anwendung, wenn durch die Ausübung des Rechtes dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch entzogen wird. Hat die Ausübung des Rechtes nur eine Beschränkung des Mieters in dem vertragsmäßigen Gebrauche zur Folge, so ist der dritte dem Mieter gegenüber verpflichtet, die Ausübung zu unterlassen, soweit sie den vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigen würde.

E. I 510, E. II 518, RV. 570. — Mot. S. 387, Prot. II S. 159—62.

1. Während die §§ 571—76 von der völligen Übertragung des Grundstückes handelten, betrifft § 577 den Fall, daß der Vermieter nur einem dritten ein beschränktes dingliches Recht daran bestellt. Alsdann bleibt im allgemeinen der Vermieter dem Mieter gegenüber nach wie vor berechtigt und verpflichtet. Es ist aber des weiteren zu scheiden:

a) **Das Recht des dritten würde dem Mieter durch seine Ausübung den vertragsmäßigen Gebrauch vollständig entziehen.** Dahin gehören namentlich Nießbrauch und Erbbaurecht. Dann sollen nach Satz 1 die §§ 571—76 **„entsprechende Anwendung"** finden. Was das bedeute, ist nicht unzweifelhaft. Planck läßt den dritten genau die Stellung des Erwerbers einnehmen, sowohl betreffs der Rechte (Mietzinsen) wie der Pflichten. Das scheint mir zu weitgehend und vergißt, daß es sich nur um entsprechende, nicht wortgetreue Anwendung handelt. Gegen Planck auch Kober-Staudinger Nr. II, 1b, Mittelstein S. 297, Zimmermann S. 81 ff.

α) Was insbesondere den Anspruch auf die **Zinsen** anlangt, so kann er doch dem beschränkt Berechtigten nur insoweit zustehen, als ihm nach der Eigenart seines Rechtes auch die Früchte der Mietsache gebühren; zu diesen gehören ja nach § 99 Abs. 3 die Mietzinsen.

Das trifft jedenfalls bei den meisten Rechten dieser Art zu (Erbbaurecht, Nießbrauch), ob aber bei allen, ist zweifelhaft. Aufl. 1 verwies als Beispiel für ein nicht dahingehöriges Recht auf das Wohnrecht, § 1093, und dem traten Mittelstein S. 297, Zimmermann S. 81 ff. bei. Anders aber Crome § 243 Anm. 40, Goldmann-Lilienthal S. 592, Kober-Staudinger II, 1a, Endemann, Planck. Sie berufen sich darauf, daß der Berechtigte nach § 577 den Mietzins als billiges Äquivalent dafür zu beanspruchen habe, daß ihm durch das gegen ihn wirksame Mietverhältnis die Ausübung seines Rechtes verkümmert werde. Das scheint mir in der Tat zutreffend; ich nehme daher meinen Widerspruch zurück, obwohl die Entscheidung der Frage bei der nur entsprechenden Anwendbarkeit des § 571 nicht ganz sicher ist. Es bedarf daher nicht mehr meines früheren Hinweises auf die Haftung des Eigentümers gegenüber dem Berechtigten aus dem unterliegenden Kausalverhältnis.

β) Was die **sonstigen Rechte** des Vermieters anlangt, sowie seine **Pflichten,** so stehen sie zwar nach § 577 nunmehr auch dem Drittberechtigten zu, aber nicht **an Stelle** des Vermieters, sondern **neben** ihm. So auch die oben vor α) zitierten; anders Goldmann-Lilienthal S. 592. Ihm ist zuzugeben, daß mein (von Kober aufgenommenes) Argument, es schwebe nach der Gegenmeinung das Recht des Mieters bei Wegfall des beschränkenden Rechts während der Mietsdauer in der Luft, nicht durchschlägt. Denn nach § 571 tritt ja der Erwerber, also hier der in re Berechtigte, nur während der Dauer seines Rechtes an Stelle des Vermieters, also bei einem zeitlich beschränkten Rechte von vornherein für dessen Zeitdauer. Aber aus anderen Gründen ist meine Meinung aufrechtzuerhalten. Es wäre unbillig und ganz sinnwidrig, den Vermieter nach Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts aus den Vermieterrechten und -pflichten — abgesehen von der mageren und meist nur

transitorischen bürgschaftsartigen Pflicht aus § 571 Abs. 2 — ganz auszuschalten. Er hätte dann trotz seines verbleibenden, vielleicht ganz überwiegenden Interesses an Unversehrtheit der Mietsache, keinen Unterlassungsanspruch wegen vertragswidrigen Gebrauches (§ 550), keinen obligatorischen Rückgabe- und Ersatzanspruch, kein Kündigungsrecht. Andererseits würde der Mieter gegenüber Gebrauchshinderungen durch ihn nicht die besonderen Rechtsfolgen des Mietrechtes geltend machen können, was seinen Interessen öfters äußerst abträglich sein dürfte.

Das alles ergibt die Richtigkeit des hier Gesagten. Es sind sonach auf Seite des Vermieters nunmehr zwei Beteiligte vorhanden, sowohl in Rechten wie in Pflichten. Der Vermieter wie der dritte sind berechtigt und zugleich verpflichtet. Jedoch nicht als Gesamtgläubiger oder -schuldner, sondern jeder in seiner besonderen Weise. Insbesondere reichen Rechte und Pflichten des dritten nur soweit, wie die ihm durch sein Recht gewährte Beziehung zur Sache; z. B. kann der auf einen Teil des Grundstückes beschränkte Wohnberechtigte nicht nach § 556 die Herausgabe des ganzen an sich fordern; es wird vielmehr für solche Fälle der § 432 sinngemäß anzuwenden sein.

b) **Das Recht beschränkt nur den Gebrauch des Mieters**; dann bleibt im allgemeinen Träger von Recht und Pflicht der Vermieter, nur ist der dritte nach Satz 2 verpflichtet, die Ausübung seines Rechtes insoweit zu unterlassen. Dahin gehören z. B. unter Umständen Wasser- und Wegegerechtigkeiten. Natürlich kann der dritte insoweit dann auch mit seinem dinglichen Anspruch gegen den Mieter nicht durchdringen. S. auch Crome aaO. litt. b), Kober-Staudinger Nr. II, 2.

c) Wenn das Recht den Gebrauch des Mieters **nicht einmal stört**, so behält es bei der bisherigen Rechtslage sein Bewenden.

2. Die **Konstruktion des Verhältnisses** zu 1a—b ergibt sich aus dem zu § 571 Gesagten. Es tritt keine (beschränkte) Zession und Schuldübernahme ein, sondern die fraglichen Rechte und Pflichten erzeugen sich für den an der fremden Sache Berechtigten von selbst während der Dauer seiner Berechtigung als ihr Appendix, neben denen des Eigentümers. Die Miete als Realobligation schafft hier neben ihrer Hauptwirkung gegenüber dem Eigentümer noch eine Nebenwirkung gegenüber dem an der Sache Berechtigten.

3. Daß gegenüber dem beschränkt Berechtigten wegen der entsprechenden Anwendbarkeit der §§ 573—4 auch Vorausverfügungen über den Mietzins in ähnlicher Weise wirksam sind, wie gegenüber dem Eigentümer, bedarf kaum des Hinweises. Das gilt auch von den nach Bem. 2 zu § 573 den Verfügungen des Vermieters gleichzustellenden Pfändungen, OLG. Dresden in Rspr. VIII S. 399.

§ 578.

Hat vor der Überlassung des vermieteten Grundstücks an den Mieter der Vermieter das Grundstück an einen dritten veräußert oder mit einem Rechte belastet, durch dessen Ausübung der vertragsmäßige Gebrauch dem Mieter entzogen oder beschränkt wird, so gilt das Gleiche wie in den Fällen des § 571 Abs. 1 und des § 577, wenn der Erwerber dem Vermieter gegenüber die Erfüllung der sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Verpflichtungen übernommen hat.

E. I 512, E. II 519, RB. 571. — Mot. S. 391—3, Prot. II S. 162—63.

1. Die §§ 571—7 schützen den Mieter, dem die Sache vor der Veräußerung oder Belastung schon überlassen war. Im entgegengesetzten Fall ist der Mieter an sich gegen den neuen Berechtigten nicht geschützt; er kann nur den Vermieter auf Grund der in der Veräußerung liegenden Vertragsverletzung in Anspruch nehmen. Um diese Haftung zu vermeiden, kann und wird der Vermieter sich häufig in dem der Übertragung zu Grunde liegenden Kausalgeschäft vom Erwerber versprechen lassen, daß dieser die Verpflichtungen aus dem Vertrage gegen den Mieter erfülle. Ist das geschehen — eine besondere Übertragung auch der Vermieterrechte daneben ist nach dem Texte unnötig — so bestimmt § 578, es solle dann das Gleiche gelten, wie bei der Veräußerung (§ 571 Abs. 1) oder Belastung (§ 577) nach Überlassung; es kommen also die §§ 571 ff. zur Anwendung: Eintritt des Erwerbers in Rechte und

Pflichten aus der Zeit seines Rechtes, nur zunächst unter bürgschaftsartiger Forthaltung des Veräußerers (so auch LG. Ostrowo in DJZ. 03 276); beschränkte Wirkung der Vorausverfügungen usw. Mangels solcher Vereinbarung hat der Erwerber wie nicht die Pflichten, so auch nicht die Rechte aus dem Mietverhältnis; er kann also den Mieter selbst dann nicht auf Erfüllung seiner Mieterpflichten in Anspruch nehmen, wenn er den Vertrag gelten zu lassen gewillt ist; so richtig Zimmermann S. 73.

2. Zweifelhaft ist auch hier die **Konstruktion**. Sicher ist, daß die Wirkung zu 1) nur durch Vermittlung einer Willensaktion des Vermieters und des Erwerbers erfolgt, nicht unmittelbar von Gesetzes wegen. Trotzdem wird man dabei ebensowenig, wie nach § 571 von einer gesetzlichen, von einer vertragsmäßigen Zession und Schuldübertragung reden können. Diese Annahme scheitert schon daran, daß die Übertragung der Vermieterrechte auch ohne besonderen Willensakt als Folge der Uebernahme der Pflichten von Rechts wegen eintritt; sie würde ferner auch hier, wie oben, mit den beschränkten Wirkungen der Vorausverfügungen (§§ 573 ff.) nicht harmonieren, von anderen Bedenken abgesehen. Auch ein Vertrag zu Gunsten dritter ist nicht anzunehmen (s. gegen ihn Crome S. 39, Zimmermann S. 75), da es gar nicht auf den Willen der Kontrahenten ankommt, dem Mieter ein selbständiges Recht zu schaffen. Die Gestaltung ist vielmehr dieselbe wie nach § 571; nur läßt das Gesetz die dort angegebene Wirkung nicht schlechthin, sondern bloß hypothetisch eintreten, wenn der Vermieter und Erwerber unter sich eine entsprechende Abrede getroffen haben. Wird sie freilich getroffen, so kommt es dabei auf einen etwaigen Willen der Kontrahenten, den Mieter nicht direkt dadurch berührt werden zu lassen, nicht an; § 578 nimmt auf solche Willensrichtung eben keine Rücksicht. So auch Crome § 242 a. E.

3. Man möchte annehmen, daß die Übernahme im Sinne des § 578 sowohl vor wie bei und nach dem Eigentumsübergang erfolgen könne. Aber dadurch würde die Stellung des Mieters äußerst gefährdet; er müßte die ganze Vertragszeit mit der Möglichkeit rechnen, daß der Mietvertrag noch nachträglich durch Vornahme einer solchen Abrede für und gegen den Erwerber Wirkung gewinne. Zimmermann S. 78 schlägt das Auskunftsmittel vor, daß die Übernahme nicht mehr erfolgen könne, wenn der Mieter die Erfüllung abgelehnt habe. Aber das wäre seltsam und hat keinen Anhalt im Gesetz. Besser weist man auf den Schlußpassus hin: „wenn der Erwerber übernommen hat", nicht: „wenn . . . übernimmt". Das deutet auf eine gleichfalls, wie die Veräußerung selbst, vor der Überlassung an den Mieter vollzogene Uebernahme, und zwar offenbar auf eine Übernahme im Veräußerungs- (Belastungs-)vertrage selbst; das Perfektum wäre andernfalls sinnlos und mißverständlich. Bei dieser Auffassung wäre eine nachträgliche Übernahme für den Mieter gar nicht verbindlich, soweit er sich ihr nicht freiwillig unterwirft. So auch Mittelstein S. 295.

4. Hat der Vermieter sich durch Veräußerung an einen dritten ohne Hinzufügung des Übernahmevertrages außer Stand gesetzt, seine Vermieterpflichten zu erfüllen, so macht er sich ersatzpflichtig. Doch tritt die Ersatzpflicht dann natürlich nicht ein, wenn der Mieter sich grundlos weigert, auf die ihm vom Erwerber noch nachträglich angebotene Übernahme der Vermieterstellung einzugehen. Denn in solchem Falle würde er als vorwiegender Verursacher des Schadens anzusehen sein.

5. Kann der Mieter sich, auch ohne daß eine Übernahme im Sinne des § 578 vorliegt, durch Erwirkung einer Vormerkung auf dem Mietgrundstück sichern? Dafür Borcherdt S. 110, dagegen aber zutreffend Mittelstein S. 294, weil die Miete kein Recht am Grundstück, also nach § 883 nicht vormerkungsfähig ist.

§ 579.

Wird das vermietete Grundstück von dem Erwerber weiter veräußert oder belastet, so finden die Vorschriften des § 571 Abs. 1 und der §§ 572 bis 578 entsprechende Anwendung. Erfüllt der neue Erwerber die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Verpflichtungen nicht, so haftet der Vermieter dem Mieter nach § 571 Abs. 2.

E. II 520, RV. 572. — Prot. II S. 174.

Literatur: Koban, Die gesetzliche Bürgschaft der §§ 571, 1251 BGB., 1905.

Die, nachträglich eingefügte, Bestimmung des § 579 Satz 1 ist nicht selbstverständlich; denn wenn auch der Erwerber nach § 571 in die Rechte und Pflichten des Vermieters eintritt, ist er doch nicht selbst Vermieter; nicht als Vertragsgläubiger und -schuldner, sondern als Eigentümer treffen ihn die Rechte und Pflichten aus § 571. Andererseits wäre es höchst verwunderlich, wenn die Veräußerung durch den Erwerber stärker auf das Mietverhältnis einwirken sollte, wie die durch den Vermieter. So rechtfertigt sich unsere Vorschrift. Nur Satz 2 ergibt eine Modifikation; die den Veräußerer gemäß § 571 Abs. 2 treffende bürgschaftsähnliche Haftung wird hier nicht dem Zwischenberechtigten, sondern nur dem ursprünglichen Vermieter auferlegt. Anders natürlich, wenn dieser zur Zeit der Weiterveräußerung bereits nach Satz 2 daselbst haftfrei geworden ist. Denn daß seine erloschene Haftung wieder neu eintrete, wäre eine seltsame, auch durch den Text nicht genügend begründete, Annahme. Ob wenigstens in diesem Fall der frühere Erwerber als Vermieter im Sinne von § 579 anzusehen sei und hafte, ist zweifelhaft und bestritten: dafür Fischer-Henle, Hellwig, Verträge S. 436, Kipp-Windscheid S. 686, Kuhlenbeck Nr. 1, Mittelstein S. 291, Matthiaß S. 562, Meisner, Rönnberg, ArchBürgR. **17** 85, Zimmermann S. 69, im Ergebnis auch Kober-Staudinger Nr. 2. Anders mit Planck und meiner Aufl. 1 Cosack § 238, III 2bß, Dernburg § 224, II, Türcke-Riedenführ Nr. 2.

Ich glaubte früher, die Bejahung widerspräche dem streng festgehaltenen Sprachgebrauch des BGB., das gerade in § 579 genau zwischen Vermieter, Erwerber und neuem Erwerber scheidet. Aber ich halte meine frühere Meinung jetzt für bedenklich. § 579 denkt offenbar an den Fall, daß der erste Vermieter noch nicht haftfrei geworden war; dann ist er noch der „Vermieter". Ist er aber haftfrei geworden, so kann man ihn im Rechtssinn schwerlich noch so nennen; es erscheint vielleicht statthaft, den Erwerber fortan als solchen zu bezeichnen. Wer nicht so weit geht, muß wenigstens für den hier besprochenen Fall das Vorhandensein einer Lücke im Gesetz zugeben. Will man sie nicht unausgefüllt und somit den Mieter in empfindlicher Weise schutzlos sein lassen, so bleibt nichts übrig, als mit einer entsprechenden Anwendung des Satzes 2 zu helfen: was dort vom Vermieter gesagt wird, muß doch wohl in dem hier unterstellten Fall vom ersten Erwerber gelten.

Dernburgs Polemik gegen diese Annahme erscheint nicht durchschlagend. Allerdings tritt der Erwerber in seine Vermieterrechte und -pflichten nur ein, soweit sie sich während seines Eigentums ergeben. Aber wenn man ihn in dem hier unterstellten Fall der Haftung aus § 571 Abs. 2 unterwirft, so wäre das doch eine Pflicht, die ihn nicht auf Grund des (entsprechend anwendbaren) § 571 Abs. 1, sondern auf Grund des § 571 **Abs. 2** bezw. des § 579 Satz 2 träfe. Man mag dessen Anwendbarkeit auf unseren Fall aus anderen Gründen bestreiten; aber mit der in § 571 Abs. 1 enthaltenen Schranke hat die Frage nichts zu tun.

Eine noch weiter gehende Ansicht vertritt Koban. Er läßt nach § 571 jeden Erwerber in die Vermieterstellung eintreten, wenigstens im Sinne des § 579. Folglich sollen alle Veräußerer der bürgschaftsartigen Haftung unterliegen, neben dem ersten Vermieter auch die Zwischenberechtigten; erst unter den Voraussetzungen des § 571 Abs. 2 Satz 2 werden sie befreit. Und zwar haften sie bis dahin dem Mieter gesamtschuldnerisch wie mehrere selbstschuldnerische Bürgen; im Verhältnis zu einander ist immer der ältere Nachbürge des späteren (S. 28), so daß diesem ein Rückgriffsanspruch gegen ihn zusteht (S. 32).

Es ist zuzugeben, daß für diese Auffassung innere Gründe angeführt werden können (s. Koban S. 22—3). Aber der Wortlaut spricht so sehr gegen sie, daß man zum mindesten starke Bedenken tragen muß, sich ihr anzuschließen. Satz 2 läßt doch gerade nur den Vermieter haften, was wenig Sinn hätte, wenn bereits der veräußernde Erwerber haftbar sein würde. Daß er nicht haftbar sein soll, geht auch aus Satz 1 hervor, der gerade den von der Haftung des Veräußerers handelnden Abs. 2 des § 571 von dem Bereiche der auf den Fall des § 579 entsprechend anwendbaren Sätze ausschließt. Ein Teil dieser Bedenken spricht ja auch gegen die zweite, oben angenommene Ansicht: aber sie ließ die Haftung des Zwischenerwerbers doch nur ausnahmsweise, zur Ausfüllung einer sonst unvermeidlichen Lücke, eintreten. Sie dem Texte zum Trotz ohne dringende Not allgemein einzuführen, heißt sich allzusehr über ihn hinwegsetzen.

§ 580.

Die Vorschriften über die Miete von Grundstücken gelten auch für die Miete von Wohnräumen und anderen Räumen.

RV. 573.

1. Die Bestimmungen über Miete von Grundstücken finden sich in den §§ 537 Abs. 2 Satz 2, 544, 551 Abs. 2, 556 Abs. 2, 559—63, 565, 566, 571—9. Sie sollen nicht nur „entsprechende", sondern **unmittelbare Anwendung** finden bei

a) **Wohnräumen**, also Stockwerken oder einzelnen Zimmern;

b) **andern Räumen**: also Speichern, Kontor- und Fabrikräumen, Laboratorien usw. S. auch Bem. zu § 570.

2. Muß es sich um Räume in Immobilien handeln oder gilt der Satz auch **für solche in beweglichen Sachen** (Schiffen, Wagen usw.)? Das erstere ist allein haltbar; die gegenteilige Auffassung würde zu dem perversen Ergebnis führen, daß die Kündigung der Miete eines bloßen Raumes in einer solchen Sache länger befristet ist, als die der ganzen Sache, die doch eine „Mobilie" im Sinne von § 565 Abs. 2 ist und bleibt. Auch die Anwendung des Satzes „Kauf bricht nicht Miete" auf diese Fälle wäre wenig angemessen. Übereinstimmend die meisten, so Dernburg § 215 Anm. 7; Kober-Staudinger litt. d; Fuld S. 172; Mittelstein S. 11; Siber, Pfandrecht des Vermieters S. 9 (scharf und eindrucksvoll!). Anders Cosack § 134, II, 1; Crome § 234 Anm. 28, aber nur „bei verhältnismäßiger Größe und Bedeutung des Gelasses" (?); Kreißelmeyer, Pfandrecht des Vermieters im Konkurs, 1903, S. 108ff.

3. S. auch die ähnliche Erstreckung von Sätzen über Grundstücke auf Wohn- oder andere Räume in § 865.

II. Pacht.

Vorbemerkung.

Literatur: Kuhlenbeck, Pachtvertrag, JW. 02 553ff.

Über den Unterschied **der Pacht** von der Miete ist schon in der Vorbem. zu diesem Titel Nr. 2 gehandelt.

Die Pacht ist das weitergehende Verhältnis, indem die bei der Miete vorhandenen Rechte und Pflichten auch hier im wesentlichen wiederkehren, und außerdem noch eine weitere **Pflicht des Verpächters** hinzutritt: er muß dem Pächter nicht nur, wie dem Mieter, den Gebrauch, sondern daneben auch den Fruchtgenuß der Sache gewähren. S. darüber näheres zu § 581.

2. **Die Pflichten des Pächters** sind wesentlich dieselben wie die des Mieters; daß der von ihm zu leistende Entgelt hier nicht Miet-, sondern Pachtzins genannt wird, macht in der Sache keinen Unterschied.

Auch der Pachtzins braucht nicht in Geld zu bestehen, s. Bem. 3 zu § 535.

Insbesondere gestattete schon das bisherige Recht, namentlich das Römische und das Landrecht (I, 21, §§ 265–6) sowie das SächsGB. § 1190, als Pachtzins die Leistung einer Quote der von dem Pachtgegenstand zu gewinnenden Früchte auszubedingen: colonia partiaria, **Teilpacht**, s. darüber Kobkow, Die Teilpacht, 1895; neuestens vorzüglich Crome in seiner verdienstlichen Schrift über die „partiarischen Rechtsgeschäfte", 1897, S. 32–123, der den Begriff der partiarischen Abreden über die bisher meist allein beachtete Teilpacht hinaus verallgemeinert für alle die Verabredungen, die den verschiedenen Anteilnehmern an einem wirtschaftlichen Unternehmen nicht nur einen fixierten Arbeitslohn, sondern einen realen oder rechnerischen Anteil an seinem Ertrage zuweisen.

Das BGB. erwähnt die Teilpacht nicht besonders, ohne daß darum an ihrer Statthaftigkeit irgendwie gezweifelt werden könnte. Und auch das ist für das neue Recht nicht minder als für das bisherige anzunehmen, daß darin eine wirkliche Pacht, nicht, wie bisher vereinzelt behauptet wurde, eine Gesellschaft zu finden sei. S darüber überzeugend Crome: es findet sich beim partiarischen Verhältnis im Gegensatz zur Gesellschaft nirgendwo ein ius fraternitatis, eine Gemeinsamkeit des Zweckes auf Grundlage einer grundsätzlichen sozialen Gleichstellung der Parteien (S. 147, 152, 20); jenes liegt vielmehr nur da vor, „wo zu andersartigen, in ihren Voraussetzungen und Wirkungen selbständig bestimmten Rechtsverhältnissen das partiarische Moment hinzutritt und dadurch den Inhalt resp. die Wirkungen jenes Verhältnisses eigentümlich gestaltet und umbildet", S. 25.

3. **Remissio mercedis; Unmöglichkeit der Fruchtziehung**: Das Römische Recht gewährte dem Pächter wegen Mißwachses ein Recht auf teilweisen oder gänzlichen Nachlaß des Pachtzinses, s. l. 15 D. h. t., und dem sind die meisten modernen Gesetzgebungen, freilich mit vielfach verschiedener Ausprägung im einzelnen, gefolgt, s. Landrecht I, 21, §§ 478—596, Code Art. 1770—3. Dagegen hat das BGB. nach dem Muster des SächsGB. dem Institut, als „des rechtlichen Fundamentes entsprechend und bloß (!) auf Billigkeit beruhend" (Mot. S. 424), die Aufnahme versagt; man verweist den Pächter auf das zeitgemäßere Korrektiv der Versicherung.

Auch durch Heranziehung der „entsprechend anwendbaren" (§ 581 Abs 2) §§ 536/7 kann man kein anderes Ergebnis gewinnen. Denn Mißwachs, Überschwemmung u dergl. stellen an sich keineswegs „Fehler" der Pachtsache dar; es sind das Ereignisse, die jeder Pachtsache in gleicher Lage ohne Rücksicht auf ihre Beschaffenheit drohen Anders nur dann, wenn durch eine besondere, anormale Beschaffenheit des Pachtgegenstandes diese in ihrer wirtschaftlichen Benutzbarkeit dauernd beeinträchtigt oder gefährdet wird, z. B. ein Ufergrundstück wegen schlechter Beschaffenheit der seinem Schutze dienenden Dämme oder Deiche. Alsdann greift § 537 Platz: also je nachdem Befreiung des Mieters von seiner Zinspflicht oder Minderung derselben im Sinne der §§ 472—3. Anders auch dann, wenn der Zustand der Pachtsache zwar an sich ein guter, normaler war, aber infolge eines Elementereignisses ihr Gebrauch oder ihre Tauglichkeit zur Fruchtziehung aufgehoben oder gemindert, oder sie vielleicht selbst zerstört ist. Ersterenfalls ist wieder § 537, letzterenfalls § 323, bei Verschulden des Verpächters § 325 anwendbar. So, wenn eine dauernde Überschwemmung das Pachtgrundstück unbenutzbar gemacht hat.

Es fragt sich also bei derlei Unfällen, ob sie primär die Pachtsache selbst oder nur die Früchte als solche treffen; ob sie die allgemeine Möglichkeit der Fruchtziehung oder nur die tatsächliche Fruchtgewinnung beeinträchtigt haben. S. auch (ähnlich) Bartelt, Recht **04** 411 (mit weiteren Angaben), Josef das. S. 477.

4. **Gegenstand:** Daß die Pacht im Gegensatz zur Miete nicht nur an Sachen, sondern auch an anderen Gegenständen möglich ist, wurde schon in der Vorbem. zu diesem Titel Nr. 2 betont, s. auch Bem. zu §§ 90, 595 Abs. 2. Mögliche Objekte der Pacht sind also auch Rechte, z. B. Urheber und Patentrechte, der Nießbrauch (§ 1059), ferner können Berg- und Jagdrechte (s. § 835 Abs. 2), selbständige Gerechtigkeiten aller Art, nicht minder, d. h soweit es nach dem betreffenden Verwaltungsrecht zulässig ist, Rechte auf öffentliche Abgaben verpachtet werden — so namentlich bei Wege- und Brückengeldern. S. wegen der Pacht eines bergbaulichen Abbaurechts Sehling, Rechtsverhältnisse der Mineralien usw., 1904, S. 136-7. Pacht der Gewinnung von dem Bergrecht nicht unterworfenen Mineralien: Seuffert. Archiv 53 Nr. 13 Pacht eines Gewerbebetriebs: Seuffert 56 Nr. 174 S. 307 (wobei die dort näher geschilderten besonderen Pflichten des Pächters entstehen).

Die **Jagdpacht** insbesondere ist nicht Pacht des Grundstückes, sondern des unkörperlichen Jagdrechts, also nicht der Form des § 566 unterworfen, Ritter, Recht **01** 230, RG Bd. 51 Nr. 67 S. 280.

Dagegen liegt in der Pacht einer Rohrnutzung eine, nach § 566 formbedürftige, Pacht des Grundstückes selbst, RG. Bd. 56 Nr. 21 S. 84.

Auch ganze Vermögenskomplexe, z. B. kaufmännische Etablissements (s. HGB. § 22 Abs. 2) sind mögliche und nicht seltene Gegenstände des Pachtvertrages.

5. a) **Die Abgrenzung von der Miete** kann trotz der scharfen und klaren begrifflichen Scheidung im einzelnen Falle schwierig sein. Es kommt auf den **vorwiegenden Vertragszweck** an; ist dabei die aus der Sache zu gewinnende Fruchtziehung der die

Grundsärbung abgebende Hauptzweck, so liegt Pacht vor; sonst Miete. S. auch Fuld S. 17.

α) Ist z. B. ein **eingerichtetes Haus** Gegenstand des Vertrages, das nur den Gebrauchszwecken des Mieters dienen soll, so liegt Miete vor; soll er es aber allein oder vorwiegend zum Betriebe eines Hotels, einer Familienpension benutzen, so ist Pacht anzunehmen; das für den Vertragszweck wesentliche ist hier die ihm gewährleistete Ziehung der (zivilen) Früchte im Sinne von § 99 Abs. 3.

β) Ist andererseits ein **leeres Gebäude** Gegenstand des Vertrages, so nehme ich unterschiedslos Miete an, selbst wenn der Mieter es als Hotel, Kaufhaus oder Fabrikgebäude benutzen will. Denn hier dient das Gebäude nur der äußeren Lokalisierung des innerlich davon unabhängigen Betriebes; die Nutzungen sind nicht solche des Gebäudes, sondern des darin vom Mieter selbst eingerichteten geschäftlichen Unternehmens. So auch bei der entgeltlichen Gebrauchsüberlassung einer Blumenhalle, eines Zeitungskiosk, einer Selterwasserbude.

γ) Sind **mehrere Vertragsgegenstände** vorhanden, von denen der eine nur dem Gebrauch, der andere auch der Fruchtziehung dienen soll (z. B. ein Haus mit Obst- oder Küchengarten), so sind im allgemeinen nicht zwei verschiedene Verträge anzunehmen, sondern nur ein einheitlicher, weil einem und demselben Zwecke dienender. Ob er Miete oder Pacht ist, richtet sich danach, was im konkreten Fall als die Hauptsache anzusehen ist (s. auch die analoge Behandlung in § 470). Eine große Obstplantage mit Gartenhaus pflegt gepachtet, eine Villa mit Garten gemietet zu werden.

b) Auch die **Abgrenzung der Pacht vom Kaufe** kann Zweifel erwecken. Manchmal stellt der sogenannte Pachtvertrag in Wahrheit einen Kauf dar, so bei der sogen. Milchpacht (s. Dickel, Bürgerliches Recht für Forstmänner S. 253). Näher über die Abgrenzung von Pacht und Kauf Kober-Staudinger zu § 581, I, 4a, ferner RG. bei Gruchot 35 1024 und die dort zitierten Entscheidungen. Das RG. erklärt den Vertrag, wonach jemand Steine aus einem Steinbruch zu brechen berechtigt ist, als Pacht; nicht minder den Vertrag über Ausbeute eines Bergwerks, ZS. III vom 29. I. 1889, JW. 89 116, s. auch die Angaben oben Nr. 4.

Grundsätzlich wird es für die Abgrenzung besonders auf zwei Gesichtspunkte ankommen:

α) Ob der Vertrag auf die Gewinnung solcher Dinge geht, die als regelmäßiger wirtschaftlicher Ertrag einer anderen Sache erscheinen, also als Früchte im Sinne von § 99, nicht als Substanzteile. Nur ersterenfalls kann Pacht vorliegen. So ist es Pacht, wenn jemandem ein Wald auf Zeit gegen Entgelt zur regelmäßigen forstmännischen Ausnutzung überlassen wird; Kauf, wenn die Überlassung zur Abholzung geschieht.

β) Damit Pacht vorliege, ist außerdem noch erforderlich, daß das Äquivalent für die Nutzungsüberlassung als solche zu leisten ist, unabhängig von der Höhe des zu ziehenden wirtschaftlichen Ertrages. Stuft es sich nach dessen Höhe ab, so erscheint als Vertragsobjekt in der Regel der demnächstige Ertrag selbst, nicht die Gewährung der Fruchtziehung — also Kauf. So auch Staub zu HGB. § 350 Anm. 24. In solchen Fällen wird ja auch die Tätigkeit der Fruchtgewinnung selbst meist dem Veräußerer obliegen (so wohl meist bei der sogen. „Milchpacht"); aber auch, wenn das Gegenteil der Fall ist (z. B. X veräußert die diesjährige Wolle seiner Schafe an Y in der Art, daß Y sie scheren und für jedes gewonnene Kilo einen bestimmten Satz an X bezahlen soll), dürfte in der Regel Kauf anzunehmen sein, nicht Pacht.

c) Schwierig ist auch die rechtliche Bestimmung des Vertrages über Lieferung des elektrischen Stromes; s. darüber unten Vorbem. vor § 631.

6. Auf die Pacht sollen die Regeln der Miete **entsprechende**, also nicht schlechthin wortgetreue, **Anwendung** finden, soweit sich aus den folgenden Bestimmungen nichts abweichendes ergibt, § 581 Abs. 2.

Wohin die entsprechende Anwendung führt, wird sich ohne große Schwierigkeiten bestimmen lassen. Unrichtig ist die Behauptung von Planck zu § 581 Nr. 6, die §§ 544 und 580 seien für die Pacht unanwendbar. Man denke dagegen nur an die Pacht eines eingerichteten Hauses oder einzelnen Stockwerkes zum Hotel- oder Pensionsbetriebe (oben Nr. 5a).

Zu beachten ist, daß die Benutzung des Pachtgegenstandes in der Regel nicht nur ein Recht, sondern wenigstens insoweit auch eine Pflicht des Pächters sein wird, als ihre Unterlassung die Pachtsache dauernd schädigen würde. Traf das schon bei der

Miete vielfach zu, so erst recht hier, weil und soweit die Unterlassung von Gebrauch und Nutzung sehr oft eine Verschlechterung des Pachtgegenstandes darstellen wird; man denke an eine Pacht von Landgütern, Herden, Wäldern. Die Gebrauchsunterlassung kann hier ungezwungen als eine Art von vertragswidrigem Gebrauch erachtet werden, den der Pächter zu vertreten hat (argumentum a contrario aus § 548). Einen selbständigen Anspruch auf Ausübung des Pachtgebrauches als solchen hat allerdings der Verpächter nicht (Kober=Staudinger Nr. 3). S. auch Bem. zu § 583.

S. auch die besonders auf die Pacht mitbezogenen Bestimmungen der KO. §§ 17—21, 49 Nr. 2.

§ 581.

Durch den Pachtvertrag wird der Verpächter verpflichtet, dem Pächter den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes und den Genuß der Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind, während der Pachtzeit zu gewähren. Der Pächter ist verpflichtet, dem Verpächter den vereinbarten Pachtzins zu entrichten.

Auf die Pacht finden, soweit sich nicht aus den §§ 582 bis 597 ein anderes ergibt, die Vorschriften über die Miete entsprechende Anwendung.

E. I 531—2, E. II 521, RV. 574. — Mot. S. 421—2, Ber. d. Reichst.=Komm. S. 43.

Das hier zu sagende ist im allgemeinen in der Vorbemerkung erledigt. Näher einzugehen ist nur noch auf den Fruchtgenuß.

Dieser steht dem Pächter nicht schlechthin zu, sondern nach einem, offenbar auf den Lehren v. Petrazycki's im „Einkommen" beruhenden, Beschlusse der Reichstagskommission (Bericht S. 43) nur an den Früchten, „die nach den Regeln einer ordentlichen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind". Das entspricht der analogen Regel beim Nießbrauch, § 1036. Nicht hierher gehört also z. B. der Windbruch, s. auch § 1039 und Bem. dazu.

Über den Begriff der Frucht s. § 99 und Bem. dazu; es fallen insbesondere auch die sogen. Zivilfrüchte unter den Fruchtgenuß des Pächters. Jedoch kann dieser natürlich im Vertrage quantitativ oder qualitativ beschränkt sein.

Zur Gewährung des Fruchtgenusses gehört auch die Verhinderung von **Wildschaden**, wenn der Verpächter sich selbst die Jagd vorbehalten hat; alsdann stellt die Hegung eines übermäßigen Wildstandes eine verantwortlich machende Vertragsverletzung dar. So RG. bei Seuffert 38 Nr. 117 S. 156.

Ob und inwieweit der Pächter an den gezogenen Nutzungen **Eigentum** erlangt, bestimmt sich nach §§ 956—7. Jedenfalls an den nach § 581 **im Übermaß** gezogenen wird er kein Eigentum erwerben; an einer dem § 1039 entsprechenden Bestimmung fehlt es bei der Pacht.

§ 582.

Der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks hat die gewöhnlichen Ausbesserungen, insbesondere die der Wohn- und Wirtschaftsgebäude, der Wege, Gräben und Einfriedigungen, auf seine Kosten zu bewirken.

E. I 540, E. II 522, RV. 575. — Mot. S. 429—30.

1. Während der Vermieter nach §§ 536, 548 die Reparaturen der Sache allgemein zu tragen hat, muß nach § 582 der **Pächter** eines landwirtschaftlichen Grundstücks

zwar nicht alle, aber doch die **gewöhnlichen Ausbesserungen** vornehmen. Die innere Berechtigung dieses Satzes ergibt sich ohne weiteres aus dem Wesen der Pacht: solche Auslagen stellen eben ein Passivum des Fruchtbezuges dar, das vom Fruchtziehungsberechtigten vernünftigerweise getragen werden muß (s. v. Petrazycki, Das Einkommen, Bd. I—II). Darum gilt denn auch für den Nießbrauch eine ähnliche Bestimmung, § 1041 (s. jedoch dazu auch § 1044, der bei der Pacht mangels einer dahingehenden Satzung nicht anwendbar ist).

Außergewöhnliche, nicht aus dem regelmäßigen Gebrauch sich periodisch ergebende, Aufwendungen muß dagegen, wie der Vermieter, so auch der **Verpächter** tragen, z. B. liegt ihm die Ausbesserung des durch Feuersbrunst, Wassersnot, Erdbeben beschädigten Gebäudes ob.

Gleichgültig ist dagegen bei der einen oder andern Art der Auslagen, ob sie zu den notwendigen oder zu den bloß nützlichen zu rechnen sind.

2. Was ist unter einem **landwirtschaftlichen Grundstück** zu verstehen? Nicht entscheidend erscheint die politische Zugehörigkeit zu einem Land- oder Stadtbezirk; es kommt vielmehr darauf an, ob der Fruchtgenuß aus einem landwirtschaftlichen Betriebe zu gewinnen ist. So auch Petersen-Kleinfeller zu KO. § 49 Nr. 12 (S. 270: maßgebend ist die Betriebsart). Als solcher stellen sich dar Ackerbau, Baum-, Obst- und Viehzucht, dann auch die sogen. landwirtschaftlichen Nebengewerbe, z. B. Brauerei, Brennerei, Ziegelei, Kalkbrennerei, diese aber nur, wenn sie nicht für sich, sondern neben der die wesentliche Grundlage des Betriebes dienenden eigentlichen Landwirtschaft ausgeübt werden.

Dient der Pachtgegenstand zum Teil einem landwirtschaftlichen, zum Teil einem sonstigen Betriebe (z. B. auf einem Bauernhof im Gebirge ist zugleich ein Gasthof errichtet), so würden die Sonderbestimmungen insoweit zur Anwendung kommen, als es sich um den der Landwirtschaft gewidmeten Teil des Pachtobjektes handelt. Anders, wenn zu dem sonst nicht landwirtschaftlichen Pachtobjekt etwa ein Obst- oder Gemüsegarten gehört, den der Pächter nur zur Deckung des eigenen Bedarfs verwendet; darin liegt kein eigentlicher, planmäßiger landwirtschaftlicher Betrieb.

§ 583.

Der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks darf nicht ohne die Erlaubnis des Verpächters Änderungen in der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks vornehmen, die auf die Art der Bewirtschaftung über die Pachtzeit hinaus von Einfluß sind.

(E. I 541, E. II 523, RV. 576 — Mot. S. 430 f.)

1. Der Satz entspricht dem Landrecht (I, 21, § 436) und ist eigentlich schon ein selbstverständlicher Ausfluß des allgemeineren Prinzips des § 242 (s. Mot. S. 430).

Wann eine nach § 583 unstatthafte „Änderung in der wirtschaftlichen Bestimmung“ vorliege, ergibt der Einzelfall; z. B. Abholzung eines Waldes, Anlegung eines landwirtschaftlichen Nebenbetriebes. Nicht ist dazu erfordert eine positive Tätigkeit; auch die bloße Unterlassung der Bebauung kann dahin gehören, wenn sie von dauerndem nachteiligen Einfluß auf die Kultur ist, s. Bovens, Gutachten aus dem Anwaltstande S. 737, auch Vorbem. 6 a. E. Besonders wichtig ist das bei der Teilpacht, weil hier der Pächter durch Untätigkeit den Anspruch des Herrn inhaltlos machen würde, s. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 93.

Handelt der Pächter dieser Pflicht zuwider, so kann der Verpächter nach § 550 auf **Unterlassung** klagen und ihm bei Vorhandensein der Voraussetzungen des § 553 fristlos **kündigen**; bei Verschulden ihn auch auf **Schadensersatz** in Anspruch nehmen, §§ 276, 548 und Bem. dazu.

2. Von der Beschränkung des § 583 abgesehen, ist der Pächter in der Art seiner Bewirtschaftung im allgemeinen frei, nur darf die Rückgabepflicht aus § 591 dadurch nicht beeinträchtigt werden.

3. Über den Begriff „landwirtschaftliches Grundstück“ s. Bem. 2 zu § 582.

§ 584.

Ist bei der Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstücks der Pachtzins nach Jahren bemessen, so ist er nach dem Ablaufe je eines Pachtjahrs am ersten Werktage des folgenden Jahres zu entrichten.

E. I 539, E. II 524, RB. 577. — Mot. S. 429, Prot. II S. 251—2.

1. Die Bestimmung enthält eine Abweichung von dem bei der Miete in § 551 festgesetzten Termine, weicht auch vom Landrecht (I, 21, § 297) und SächsGB. § 1204, die quartalsweise Entrichtung vorschreiben, ab. Der Unterschied rechtfertigt sich aus der verschiedenen wirtschaftlichen Gestaltung — der Pachtzins ist sinngemäß aus den Erträgnissen des Wirtschaftsjahres zu entnehmen.

Unter **Pachtjahr** ist aber nicht notwendig das Wirtschaftsjahr zu verstehen, sondern das mit dem Beginn des Pachtverhältnisses anfangende bewegliche Jahr; es wird allerdings meist mit jenem zusammenfallen. Anders Landrecht aaO. § 343.

2. Bei der **Teilpacht** ist zwar an sich der § 584 gleichfalls anwendbar, es wird aber meistens, auch ohne ausdrückliche Festsetzung, als Wille der Parteien zu unterstellen sein, daß der dem Verpächter gebührende Betrag nach Vollendung der Ernte abzuliefern sei.

Übrigens ist der Pächter auch in diesem Falle nur persönlich verpflichtet zur Erstattung des Pachtzinses, mag dieser in einem Teile der gezogenen Früchte selbst oder in einem nach ihrem Gesamtwert oder -erlös berechneten Geldquantum bestehen; daß auch in ersterem Fall der Pächter zunächst Alleineigentümer der Früchte wird und nur persönlich zur Restitution verbunden ist, hat Crome aaO. S. 95 erwiesen.

Er muß aber außerdem und zunächst die dem Herrn zustehende Quote ermitteln, dem Herrn auch ein Verzeichnis des Bestandes vorlegen und dieses gegebenenfalls nach § 260 eidlich erhärten, s. näheres bei Crome S. 98ff.

3. Über den Begriff „landwirtschaftliches Grundstück" s. Bem. 2 zu § 582.

§ 585.

Das Pfandrecht des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks kann für den gesamten Pachtzins geltend gemacht werden und unterliegt nicht der im § 563 bestimmten Beschränkung. Es erstreckt sich auf die Früchte des Grundstücks sowie auf die nach § 715 Nr. 5 der Zivilprozeßordnung der Pfändung nicht unterworfenen Sachen.

E. I 543, E. II 525, RB 578. — Mot. S. 432—3, Prot. II S. 258—9.

1. **Allgemeines:** In Rom hatte der Verpächter ein gesetzliches Pfandrecht zwar an den Früchten des Grundstücks, nach der herrschenden Lehre aber nicht an den Illaten des Pächters; zu einer Erstreckung auch auf sie bedurfte es einer besonderen — wennschon unter Umständen im bloßen Stillschweigen zu findenden — Bestellung. Dagegen haben die neueren Gesetzgebungen die Pacht in Bezug auf das Pfandrecht an den eingebrachten Sachen der Miete wesentlich gleichgestellt, so Landrecht I, 21, § 395; Code Art. 2102, SächsGB. § 1228. Ihnen folgt das BGB. für den Fall der Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstückes, ja es verschärft das Pfandrecht noch wesentlich gegenüber dem des Vermieters:

a) es ist **unbeschränkt** geltend zu machen für alle Forderungen aus dem Pachtverhältnis, nicht nur in der Begrenzung des § 559.

b) es kann auch **anderen Gläubigern gegenüber** unbeschränkt geltend gemacht werden, anders als nach § 563; s. auch die ähnliche Ausdehnung der KO. § 41 Nr. 2 für unseren Fall.

c) es erstreckt sich auch, wieder anders als nach § 559 und im Gegensatz zum ersten Entwurf, **auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen** (namentlich im Sinne von ZPO. 811 Nr. 4).

d) unterworfen sind ihm nicht nur die **vom Pächter eingebrachten Sachen**, sondern auch die **Früchte** des Pachtgutes im Sinne von § 99. Das bezieht sich aber nur auf die schon getrennten und damit in das Eigentum des Pächters übergegangenen Früchte,

nicht auch auf die Früchte auf dem Halm, s. Küntzel in Gruchots Beiträgen 41 439; teilweise anders Weirauch, DJZ. 05 357. Mit der Trennung entsteht allerdings das Pfandrecht sofort, aber für eine rückwirkende Kraft des Entstehungsaktes läßt sich kein zureichender Grund anführen.

2. Über den Begriff „landwirtschaftliches Grundstück" s. Bem. 2 zu § 582.

Vorbemerkung zu §§ 586—90.

Literatur: Block, Rechtsstellung des Verpächters und Pächters in Beziehung auf das Inventar, Diss. Erlangen 1905.

1. Die §§ 586—90 beziehen sich auf die Verpachtung eines **Grundstückes**, nicht etwa nur eines landwirtschaftlichen, wie die §§ 582—5 und auch für unsere Frage Entw. I, sondern eines Grundstückes überhaupt, also auch einer Mühle, Fabrikanlage, eines Gasthofes, und zwar regeln sie des näheren die Behandlung eines vom Pächter mitübernommenen Inventars.

2. Unter dem **Inventar** eines Grundstückes sind diejenigen Sachen zu verstehen, die sich als seiner wirtschaftlichen Benutzung dienend auf ihm befinden und daher auch regelmäßig von seinen rechtlichen Schicksalen mitergriffen werden, s. auch §§ 97—8 BGB. (Zubehör).

Bei der Pacht kann das Inventar:

a) vollständig in das **Eigentum des Pächters** übertragen werden, event. auch mit einem Wiederkaufs- und Wiederverkaufsrecht der Beteiligten nach Beendigung der Pacht. Dies eine häufige und sachlich angemessene Form der Behandlung. Darüber ist hier nichts besonderes zu sagen; es gelten die Regeln des Kaufes und des Wiederkaufes. S. Drechsler, Der landwirtschaftliche Pachtvertrag, S. 29; Dernburg, Privatrecht II § 167 a. E. Man kann dabei wohl mit Berndorff, Gattungsschuld S. 125 ff. von einer locatio conductio irregularis sprechen.

b) **mit dem Grundstück verpachtet werden.** Davon insbesondere handeln die §§ 586—90. Und zwar vollzieht sich das wieder in verschiedener Weise: entweder nach § 586, oder häufiger, nach §§ 587 ff.

§ 586.

Wird ein Grundstück samt Inventar verpachtet, so liegt dem Pächter die Erhaltung der einzelnen Inventarstücke ob.

Der Verpächter ist verpflichtet, Inventarstücke, die infolge eines von dem Pächter nicht zu vertretenden Umstandes in Abgang kommen, zu ergänzen. Der Pächter hat jedoch den gewöhnlichen Abgang der zu dem Inventar gehörenden Tiere aus den Jungen insoweit zu ersetzen, als dies einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht.

E. I. 535, E. II 526, RB. 579. — Mot. S. 425—6, Prot. II S. 243—4.

1. Der § 586 hat den Fall im Auge, daß das Inventar **im gewöhnlichen Sinne mitgepachtet**, nicht vom Pächter zum Schätzungswerte übernommen wird. Alsdann ist zu sagen:

a) Der Pächter — nicht, wie es der Regel des § 536 entspräche, der Verpächter — muß für die **Erhaltung** der Stücke des neuen Inventars sorgen, Abs. 1.

b) Für **zufälligen Untergang** oder **Verschlechterung** einzelner oder auch aller Stücke haftet der Pächter nicht, ebensowenig wie nach § 548 der Mieter. Der Verpächter muß sogar die durch Zufall abgängigen Stücke durch neue ersetzen, s. nur die Modifikation nach Bem. d.

c) Die **laufenden Ausgaben**, wie Fütterungskosten, hat der Pächter schon nach § 547 Abs. 1 Satz 2 und 582 zu tragen; dasselbe gilt aber auch von den außergewöhnlichen, z. B. Kurkosten des kranken Viehes, wegen § 586 Abs. 1 (s. Bem. a), denn zur Erhaltung des Inventars gehört auch die Tragung der nötigen Kosten.

d) An den Tierjungen und sonstigen Früchten des Inventars erwirbt der Pächter gemäß dem Prinzip des § 956 Eigentum. Er ist jedoch persönlich verpflichtet

(s. Abs. 2 Satz 2: hat zu ersetzen", ebenso Kober=Staudinger II, 3, b), den sonst den Verpächter treffenden Abgang aus den Tierjungen zu ergänzen, sogen. Summission. Das entspricht dem Landrecht I, 21, § 453.

Eine ähnliche Pflicht besteht nach § 1048 beim Nießbrauch; sie geht dort jedoch weiter, indem sie die Ersetzung der abgängigen Stücke überhaupt fordert, nicht nur aus den Jungen.

Durch die Summission überträgt der Pächter das Eigentum der eingestellten Stücke im Wege des constitutum possessorium auf den Verpächter, § 930; das dazu erforderte Rechtsverhältnis liegt hier bereits im Pachtvertrage. Kraft dieses ist umgekehrt auch der Pächter in der Regel als berechtigt anzusehen, wie die Früchte, so auch die abständigen Stücke des Inventars gegen Einstellung der Jungen sich anzueignen. Übrigens tritt die Summissionspflicht nicht unterschiedslos ein, sondern nur da, wo der vorhandene Viehbestand als Einheit anzusehen ist, nicht auch da, wo einzelne bestimmte Tiere als solche die Inventarstücke bilden — letzterenfalls kann von einer Ersetzung eben keine Rede sein. So auch Prot. S. 244.

2. Die Folgen einer Vertragsverletzung oder ungenügenden Leistung durch den einen oder anderen Teil sind die gewöhnlichen.

§ 587.

Übernimmt der Pächter eines Grundstücks das Inventar zum Schätzungswerte mit der Verpflichtung, es bei der Beendigung der Pacht zum Schätzungswerte zurückzugewähren, so gelten die Vorschriften der §§ 588, 589.

E. I 544[1], E. II 527, RV. 580. — Mot. S. 433—4, Prot. II S. 259.

1. Schon im Gemeinen Recht sind auf Grund deutschrechtlicher Ideen die Institute der Verpachtung eines Gutsinventars unter einer Taxe zum Schätzungswert, ferner der Viehverstellung und des Eisernviehvertrages anerkannt und praktisch bedeutsam.

Bei diesen Verträgen erwirbt der Pächter zwar auch nicht, ebensowenig wie bei der gewöhnlichen Verpachtung, das Eigentum des Inventars; er verpflichtet sich aber, das Erhaltene oder dessen Schätzungswert bei Beendigung der Pacht zurückzugewähren, übernimmt also die Gefahr.

Daß das Eigentum dagegen auch bei dieser Abrede nicht auf den Pächter übergeht, ergibt sich für das BGB. unwidersprechlich aus § 588 Abs. 2 Satz 2, wonach auch die in das Inventar erst neu eingestellten Stücke Eigentum des Verpächters werden.

Die neuere Gesetzgebung hat vorzüglich über die erste dieser Abreden meist besondere Bestimmungen getroffen, so das Landrecht I, 21, §§ 474—6, der Code Art. 1821 ff., das SächsGB. § 1209, nunmehr auch das BGB. §§ 587—90, während es die nicht mit der Pacht eines Grundstückes zusammenhängende selbständige Viehverstellung und den Eisernviehvertrag übergeht, Mot. S. 441 ff.

2. Der bloße Umstand, daß das Inventar bei der Übergabe einer Schätzung unterzogen ist, genügt noch nicht zum Zustandekommen eines Vertrages im Sinne von § 587; die Absicht kann dabei auch die sein, für den Umfang der nach § 586 wegen Verschuldens des Pächters eintretenden Ersatzpflicht eine Grundlage zu gewinnen. Erfordert wird vielmehr die nachweisliche Übernahme der zu Nr. 1 dargestellten Pflicht.

§ 588.

Der Pächter trägt die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung des Inventars. Er kann über die einzelnen Stücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen.

Der Pächter hat das Inventar nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft in dem Zustande zu erhalten, in welchem es ihm

übergeben wird. Die von ihm angeschafften Stücke werden mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum des Verpächters.

E. I 544²⁻⁵, E. II 528, RV. 581. — Mot. S. 434—6, Prot. II S. 259.

1. Die **Folgen** einer Abrede im Sinne des § 587 sind:

a) der **Pächter** hat wegen des Inventars, ohne daß es auf Verschuldung ankäme, **die volle Gefahr** des Unterganges wie der Verschlechterung.

Entw. I hatte die Gefahrtragung auf die Pachtzeit beschränkt; das ist zwar in Entw. II beseitigt, aber trotzdem wird von Planck Nr. 1 die Beschränkung auch für die spätere Zeit angenommen; die Haftung soll sich fortan nach den allgemeinen Regeln bestimmen. Indes wäre es doch sonderbar, den bisher auf vollen Zufall haftenden Pächter nach Eintritt des Leistungsverzuges nur für den sogen. casus mixtus im Sinne des § 287, also milder haften zu lassen. Ist das Verhältnis auch in seiner eigentlichen Dauer beendet, so doch noch nicht vollständig abgewickelt, bis der Pächter die ihm als solchem übergebenen Gegenstände zurückgewährt hat, und da muß es doch wohl bei den bisherigen Haftungsgründen verbleiben. Der Pächter wird dadurch nicht ungebührlich betroffen, da er es jederzeit in der Hand hat, den in der Rücknahme säumigen Verpächter in Annahmeverzug zu setzen und dadurch seine Haftung nach § 300 zu ermäßigen. Wie hier Matthiaß S. 570.

Die Gefahr trägt der Pächter nicht nur wegen der ursprünglichen, sondern auch wegen der später eingestellten Stücke, § 588 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 2 Satz 2.

b) Der Pächter wird **nicht Eigentümer** des Inventars, ja die von ihm dafür angeschafften Stücke werden „mit der Einverleibung in das Inventar" Eigentum des Verpächters. Dies ohne Unterschied, ob sie nur an Stelle abgängiger eingestellt (wie nach § 586), oder darüber hinaus ganz neu angeschafft sind. Das ergibt sich deutlich aus § 589 Abs. 2, s. Bem. dazu. Nur darf der Pächter über Stücke der letzteren Art im allgemeinen wieder anderweit verfügen (Abs. 1 Satz 2), haftet auch ihretwegen nicht nach Abs. 2 Satz 1 (s. unten Bem. c und d).

Gleichgültig ist ferner, ob die eingestellten Stücke ganz neu angeschafft, oder aus den vom Pächter nach § 956 zu Eigentum erworbenen Früchten der Pachtsache entnommen sind; der Wortlaut des Paragraphen redet zwar nur vom ersteren Fall, die Anwendung aber auch auf den letzteren ist unbedenklich.

Der Eigentumserwerb für den Verpächter vollzieht sich ersterenfalls nicht schon durch das vom Pächter mit dem dritten vorgenommene Anschaffungsgeschäft und die Tradition an ihn, sondern erst durch die **Einfügung in das Inventar**. Wann sie vorliegt, ist Tatfrage. Im allgemeinen wird eine faktische Einbringung in das Pachtgrundstück dazu erforderlich und ausreichend sein; aber Ausnahmen sind möglich, wenn z. B. der Pächter das Angeschaffte ganz abgesondert hält und bewirtschaftet. Auf einen abweichenden Willen des Pächters kann es dabei, wenn er den Einverleibungsakt vornimmt, nicht ankommen, das wäre angesichts Abs. 2 Satz 2 eine protestatio facto contraria.

Zweifelhaft ist die rechtliche Konstruktion des Eigentumsüberganges. In Aufl. 1 vertrat ich die Ansicht, er vollziehe sich nicht unmittelbar auf Grund des Gesetzes (durch transitus legalis), sondern durch Tradition mittels constitutum possessorium, § 930. Die dazu nötige „Vereinbarung" der Parteien und der Erwerbswille des Verpächters seien auch in unserem Falle bereits in dem entsprechend gearteten Pachtvertrag vorhanden. Folglich müsse der einbringende Pächter geschäftsfähig sein, der Akt sei unter Umständen durch die Gläubiger anfechtbar. Gegen diese Auffassung haben sich seither die meisten erklärt, so besonders Sprenger, Eigentumserwerb durch Einverleibung 1904 S. 38ff., 42ff., 48, 62, dann Crome § 240 Anm. 16, Dernburg § 228 Anm. 4, Kober-Staudinger Nr. 4, Matthiaß S. 570, s. auch Block in der vor § 586 genannten Schrift. In der Tat spricht für den gesetzlichen Übergang, daß nach der früher von mir vertretenen Meinung entweder der Nachweis eines entgegenstehenden Willens auch nur des Pächters allein den Erfolg hintanhielte, was das Gesetz offenbar nicht will, oder aber der Erfolg auch ohne Rücksicht auf eine solche Willensrichtung angenommen werden müßte. Das ließe sich mit der rechtsgeschäftlichen Konstruktion nur durch Unterstellung einer praesumtio iuris et de iure verneinen, damit aber scheint jene bereits soweit unterhöhlt, daß man besser tun dürfte, sie in aller Form aufzugeben.

S. auch die analoge Bestimmung in § 1048 Abs. 1 Satz 2.

c) Andererseits ist der Pächter, obwohl nicht Eigentümer, zur Verfügung über das übernommene wie das später eingestellte Inventar „innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft" berechtigt. Diese Befugnis entspricht der analogen des Nießbrauches eines Landgutes, wie sie § 1048 im Anschluß an das bisherige Recht aufstellt (sogen. „Dispositionsnießbrauch", s. Kohler in Jherings Jahrb. 24 187 ff.) Die wirtschaftliche Rechtfertigung suchen die Mot. S. 435 darin, daß „ohne das Verfügungsrecht der Pächter in dem landwirtschaftlichen Betriebe und der wirtschaftlichen Nutzung des Inventars vielfach gehindert wird"; die juristische ergibt sich daraus, daß in einem Vertrage dieser Art ohne weiteres die Erteilung einer **Einwilligung** (§§ 183, 185) in derartige Veräußerungen zu erblicken ist, nicht einer **Vollmacht**, da es sich nicht um Veräußerungen im Namen des Verpächters handeln wird (anders Aufl. 1). So auch für das Landrecht Entsch. des ObTr. 47 208.

d) Dem Pächter liegt ferner (Abs. 2) die **Pflicht einer ordnungsmäßigen Bewirtschaftung des Inventars** ob. Sie möchte auf den ersten Blick bei der Haftung des Pächters für Zufall als überflüssig erscheinen, hat aber in Wahrheit **daneben einen erheblichen Wert**, indem ihre Verletzung dem Verpächter die Rechte der §§ 550 und 553 gewährt. Auch haftet der Pächter bei schuldhafter Verletzung dieser Pflicht auf das volle Interesse, nicht nur muß er, wie nach Bem. a), den Wert der untergegangenen Stücke des Inventars ersetzen.

Andererseits trifft den Pächter diese Pflicht nur, soweit es sich um den **bei der Übernahme vorhandenen Zustand** des Inventars handelt; nicht aber ist er verbunden, das von ihm vermehrte und verbesserte Inventar in dem verbesserten Zustande zu erhalten, Mot. S. 435 unten, s. auch § 489 Abs. 2 und Bem. dazu.

2. Bezüglich der Pachtsache selbst gelten auch für diese Abart des Pachtvertrages die allgemeinen Regeln. Insbesondere trifft den Pächter ihretwegen nicht die Gefahr.

§ 589.

Der Pächter hat das bei der Beendigung der Pacht vorhandene Inventar dem Verpächter zurückzugewähren.

Der Verpächter kann die Übernahme derjenigen von dem Pächter angeschafften Inventarstücke ablehnen, welche nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft für das Grundstück überflüssig oder zu wertvoll sind; mit der Ablehnung geht das Eigentum an den abgelehnten Stücken auf den Pächter über.

Ist der Gesamtschätzungswert der übernommenen Stücke höher oder niedriger als der Gesamtschätzungswert der zurückzugewährenden Stücke, so hat im ersteren Falle der Pächter dem Verpächter, im letzteren Falle der Verpächter dem Pächter den Mehrbetrag zu ersetzen.

E. I 544[6–8], E. II 529, RB. 582. — Mot. S. 436—9, Prot. II S. 259.

1. **Rückgabepflicht:** Nach Beendigung der Pacht muß der Pächter mit der Pachtsache auch das nunmehr vorhandene Inventar kraft seiner Vertragspflicht (daneben auch auf Grund des Eigentumsanspruchs) zurückgeben, Abs. 1. Diese Pflicht tritt ein ohne Rücksicht darauf, ob Zahl oder Wert der Stücke zugenommen hat oder nicht, also auch bezüglich der vom Pächter **freiwillig** eingestellten Gegenstände.

Damit allein ist aber den Interessen weder des einen noch des andern Teiles unterschiedslos Genüge getan; denn es kann der Wert der vorhandenen Stücke hinter dem Schätzungswert, der nach § 587 dem Verpächter gebührt, zurückbleiben, es kann aber auch das Gegenteil stattfinden.

2. Daher findet zunächst nach **Abs. 3** ein **Abschätzungsverfahren** statt; s. darüber Mot. S. 437. Der Gesamtwert der vorhandenen und herauszugebenden — der gesetzliche Ausdruck „zurückzugewährenden" ist nicht weit genug, da auch neu eingetretene Stücke mit herauszugeben sind — Stücke ist abzuschätzen und mit dem bei Beginn

der Pacht festgestellten Schätzungswert der damals übernommenen zu vergleichen. Dabei kann sich ein dreifaches ergeben:

a) beide Werte decken sich; dann ist die Auseinandersetzung erledigt;

b) der Wert der übernommenen Stücke ist größer; dann muß der Pächter die Differenz erstatten;

c) der Wert der herauszugebenden ist größer; dann trifft die gleiche Pflicht den Verpächter.

Bei diesem Verfahren wird nicht nur (s. Mot. S. 437) die Zahl der Stücke berücksichtigt, sondern auch der Wert der einzelnen, mag seine Erhöhung oder Erniedrigung auf Verbesserung oder Verschlechterung des Zustandes der einzelnen Stücke zurückzuführen sein, oder auf bloße Preisschwankungen. Es nützt daher ein Steigen der Preise den Ansprüchen des Pächters, ein Fallen denen des Verpächters. Z. B. eingebracht waren 50 Kühe zu je 300 Mark Schätzungswert; ist jetzt der Wert des Stückes:

a) 320 Mark, so muß der Verpächter

b) 280 Mark, so muß der Pächter 1000 Mark erstatten. Werden 100 Stück zurückgewährt, so muß der Verpächter ersterenfalls 17 000 Mark, letzterenfalls 13 000 Mark ersetzen.

Dieses Verfahren empfiehlt sich jedenfalls im Interesse der „Einfachheit", es ist aber auch folgerecht und angesichts der sonst gerade dem tüchtigen, zu Verbesserungen geneigten Pächter drohenden Nachteile zivilpolitisch angemessen.

3. **Geltendmachung der Ansprüche des Absatzes 3:** Ergibt die Abschätzung einen geminderten Wertbetrag der zurückzugebenden Stücke, so macht der Verpächter seine deswegen gegebene Gerechtsame einfach als Teil des dadurch entsprechend erhöhten Rückgabeanspruches geltend.

Der Pächter kann die ihm etwa gebührende Wertdifferenz nach allgemeinen Grundsätzen einklagen, aber auch nach § 273 ihretwegen, zwar nach § 556 Abs. 2 nicht an dem Pachtgrundstück, wohl aber an dem Inventar ein Zurückbehaltungsrecht ausüben. Indes wird dieses durch das weitergehende Pfandrecht des § 590 (s. Bem. dazu) überholt.

4. **Zurückweisungsrecht des Verpächters:** Indem die bisher dargestellte Regelung vorwiegend dem Pächter zu gute kommt, der wegen seiner Verwendungen unter Umständen Ansprüche gewinnt, gefährdet sie zugleich den Verpächter, der sich auch wegen übermäßiger oder doch über die obwaltenden Verhältnisse hinausgehender Anschaffungen des Pächters einer Erstattungspflicht ausgesetzt sieht.

Zur Abhilfe dient Abs. 2, der ihm unter den dort besonders aufgeführten Voraussetzungen das **Recht der Ablehnung** derartiger Stücke gibt. Macht er davon Gebrauch, so bleiben die abgelehnten Stücke bei der Abschätzung (Nr. 2) außer Betracht; es erhöht sich also um ihren Wert der Erstattungsanspruch des Verpächters oder mindert sich der etwa ohnedies vorhandene des Pächters; möglicherweise kann sich auf dessen „Kredit" dadurch geradezu in ein „Debet" verwandeln.

Die **Ablehnung** ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne von §§ 130 ff. Sie bewirkt ipso iure einmal die Erweiterung der Ansprüche des Verpächters (s. oben), zum andern den Eigentumsübergang der abgelehnten Stücke auf den Pächter; einer besonderen Tradition bedarf es dazu nicht mehr. In Aufl. 1 meinte ich, daß man sich den Übergang auch hier, wie im Falle des § 588 Abs. 2, nicht durch transitus legalis vermittelt zu denken habe, sondern entweder durch traditio brevi manu im Sinne von § 929 Satz 2, oder in der Weise, daß man den Eigentumserwerb des Verpächters an den angeschafften Stücken (§ 588 Abs. 2 Satz 2) als auflösend bedingt ansehe durch die — zulässige — Ablehnung des Verpächters. Angesichts des Widerspruchs von Sprenger S. 50 ff. (s. zu § 588 Nr. 1 b, auch Block in der vor § 586 genannten Schrift) und in Gemäßheit des oben zu § 588 Nr. 1 b Gesagten gebe ich auch hier meinen Widerspruch gegen die Annahme eines gesetzlichen Eigentumsüberganges auf.

Die Voraussetzungen des Abs. 2 und die vollzogene Ablehnung muß natürlich der Verpächter beweisen. Dabei genügt es nicht, wenn er dartut, daß die Anschaffungen für seine persönlichen Verhältnisse, er muß vielmehr beweisen, daß sie gerade für das Grundstück überflüssig oder zu wertvoll sind.

§ 590.

Dem Pächter eines Grundstücks steht für die Forderungen gegen den Verpächter, die sich auf das mitgepachtete Inventar beziehen, ein Pfandrecht an den in seinen Besitz gelangten Inventarstücken zu. Auf das Pfandrecht findet die Vorschrift des § 562 Anwendung.

E. I 536, E. II 530, RV. 583. — Mot. S. 426, Prot. II S. 244—6.

1. Das gesetzliche Pfandrecht des Pächters war für den Fall des Konkurses schon anerkannt in der (alten) Konkursordnung § 41 Nr 3 („Quasifaustpfand"), in manchen Landesgesetzgebungen auch darüber hinaus erstreckt. Nunmehr wird es, offenbar als Korrelat zum gesetzlichen Pfandrecht des Verpächters aus § 587, reichsrechtlich allgemein anerkannt.

Das Pfandrecht kommt namentlich in Betracht, wenn sich bei der Berechnung nach § 589 ein Plus für den Pächter ergibt; es werden aber auch sonstige Ansprüche des Pächters dadurch gedeckt, z. B. wegen nicht unter § 582 fallender Ausbesserungen, sowie Ansprüche, die ihm auf Grund besonderer Abrede zustehen, ferner solche aus § 592.

Das Pfandrecht ist nur am **Inventar** gegeben, nicht am Pachtgrundstück. Auch hinsichtlich des ersteren kann der Verpächter, wie nach § 562 der Mieter (s. Bem. dazu) die Geltendmachung ganz abwenden oder einzelne Stücke davon befreien durch Sicherheitsleistung im Sinne von § 232 ff.

Es steht ferner nur zu an den in den (unmittelbaren) Besitz des Pächters gelangten Inventarstücken. Das einmal entstandene erlischt nach den Regeln des § 1253, die gemäß § 1257 auch hier anwendbar sind.

Das Pfandrecht gewährt nach § 49 Nr. 2 KO. auch ein Absonderungsrecht im Konkurse.

2. Neben dem Pfandrecht steht dem Pächter das allgemeine **Zurückbehaltungsrecht** des § 273 zu. Es gewährt ihm nach Abs. 3 daselbst insoweit einen Vorteil, als es durch die zur Beseitigung des Pfandrechts genügende Sicherheitsbestellung durch Bürgen nicht ausgeschlossen wird.

§ 591.

Der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks ist verpflichtet, das Grundstück nach der Beendigung der Pacht in dem Zustande zurückzugewähren, der sich bei einer während der Pachtzeit bis zur Rückgewähr fortgesetzten ordnungsmäßigen Bewirtschaftung ergibt. Dies gilt insbesondere auch für die Bestellung.

E. I 545, E. II 531, RV. 584. — Mot. S. 439—40, Prot. II S. 259.

Anders als bei der Miete nach §§ 548, 556, braucht der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstückes (s. § 582 Bem. 2) dieses nicht nur in dem bei Beginn des Verhältnisses vorhandenen Zustand unter Berücksichtigung der normalen Abnutzung zurückzugeben, sondern gerade in demjenigen, wie er sich für den jetzigen Zeitpunkt als *Folge ordnungsmäßiger Bewirtschaftung* ergeben würde. Dieser Normalzustand kann sowohl über den früheren hinausgehen, indem das Grundstück infolge einer fortgesetzten zweckentsprechenden Bewirtschaftung hätte ertragreicher werden müssen; er kann aber auch dahinter zurückbleiben, wenn das Grundstück seiner Eigenart oder Bebauungsart nach durch fortgesetzte, selbst ordnungsmäßige, Bewirtschaftung erschöpft oder entwertet wird (Steinbrüche, Kalkgruben). Ebenso auch, wenn es dem Pächter in einem übernormal guten Zustande der Bestellung übergeben worden war; er braucht es dennoch nur in dem normalen zurückzugewähren.

Insoweit er das Grundstück im fortgesetzten Zustande ordnungsmäßiger Bewirtschaftung halten muß, kann der Pächter auch nicht Ersatz wegen Verwendungen verlangen, s. auch § 582. Darüber hinaus stehen ihm jedoch Ersatzansprüche zu: § 591

verpflichtet ihn nur zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung, nicht auch zur Herstellung der durch Unglücksfälle beschädigten Sache auf seine Kosten; solche Ereignisse hemmen vielmehr gerade die „ordnungsmäßige Wirtschaft" und mindern damit die Pflicht aus § 591.

S. auch § 1055 Abs. 2, wonach § 591 auf den Nießbrauch entsprechende Anwendung finden soll.

§ 592.

Endigt die Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstücks im Laufe eines Pachtjahrs, so hat der Verpächter die Kosten, die der Pächter auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor dem Ende des Pachtjahrs zu trennenden Früchte verwendet hat, insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert dieser Früchte nicht übersteigen.

E. II 552, RB. 585. — Prot. II S. 264.

1. Die Bestimmung des § 592 rechtfertigt sich zivilpolitisch, indem ohne sie der Verpächter bei Beendigung der Pacht während eines Pachtjahres auf Kosten des Pächters einen ungebührlichen Gewinn gemacht haben würde. Die Römer wiesen freilich demungeachtet dem neuen Fruchtberechtigten nicht nur die stehenden Früchte ganz zu, sondern legten ihm auch keine persönliche Erstattungspflicht auf; eine Ausnahme bestand nur bei der dos, s. v. Petrazycki, Die Fruchtverteilung beim Wechsel des Nutzungsberechtigten, 1892, Seite 1ff., 218ff.

Auch das BGB. läßt den Pächter das Eigentum an diesen nicht getrennten Früchten weder ganz, noch anteilsmäßig erwerben; dazu fehlte es, da § 956 hier nicht mehr durchgreifen kann, an einer genügenden rechtlichen Handhabe. Es gibt ihm auch keinen persönlichen Anspruch auf die Früchte selbst, sondern läßt diese endgiltig dem Verpächter zufallen, § 101 Nr. 1; wohl aber erhält der Pächter einen Ersatzanspruch wegen der Verwendungen, diesen jedoch nur unter zwei Beschränkungen:

a) nur wegen der ordnungsmäßig vor dem Ende des Pachtjahres zu trennenden Früchte,

b) nur bis zum Maximum des Wertes dieser Früchte; der Pächter „trägt also die Gefahr" der Fruchtziehung, Biermann zu § 998.

2. Mit Rücksicht auf die Beschränkung Nr. 1b fragt es sich, ob der Pächter den Anspruch sofort geltend machen könne oder erst nach Einerntung der Früchte, da erst dann die Höhe desselben feststeht. Ich möchte im letzteren Sinne entscheiden, da es vorher an einem bestimmten Anspruche eben noch fehlt. Der Geltendmachung des Pfandrechts im Sinne des § 590 und damit der etwaigen Rückbehaltung des Inventars steht das freilich nicht entgegen, da nach § 1204 Abs. 2 ein Pfandrecht auch für eine künftige oder bedingte Forderung bestellt werden kann, ein Satz, der nach § 1257 auch auf unser gesetzliches Pfandrecht zu erstrecken ist. Daß die Rückbehaltung im Sinne von § 273 einen fälligen Gegenanspruch voraussetzt, kann hier kein Bedenken erwecken. Dem Verpächter bleibt dann der Weg der Sicherheitsleistung.

3. **Ähnliche Bestimmungen** finden sich zu Gunsten des mit dem Eigentumsanspruch belangten Besitzers (§ 998, s. dazu die Bem. von Biermann); zu Gunsten des Nießbrauchers (§ 1055), Ehemanns (§ 1421), Vaters (§ 1663 Abs. 2), Vorerben (§ 2130 Abs. 1 S. 2) soll sogar unsere Bestimmung selbst entsprechende Anwendung finden.

4. Bei der **Teilpacht** ist zu beachten, daß der Pächter den Teil seiner Aufwendungen nicht ersetzt verlangen kann, den er auf die dem Herrn als Pachtzins gebührende Fruchtquote gemacht hat, Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 117.

5. Keine Ansprüche hat der Pächter in den häufigeren Fällen, wenn die Pacht zwar innerhalb einer Fruchtperiode, aber **nach Ablauf eines vollen Pachtjahres** endet; alsdann gleicht sich grundsätzlich normalerweise der seit der letzten Ernte gemachte Aufwand des Pächters mit dem vor der ersten ersparten aus, s. Petrazycki aaO.

§ 593.

Der Pächter eines Landguts hat von den bei der Beendigung der Pacht vorhandenen landwirtschaftlichen Erzeugnissen ohne Rücksicht darauf, ob er bei dem Antritte der Pacht solche Erzeugnisse übernommen hat, so viel zurückzulassen, als zur Fortführung der Wirtschaft bis zu der Zeit erforderlich ist, zu welcher gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden.

Soweit der Pächter landwirtschaftliche Erzeugnisse in größerer Menge oder besserer Beschaffenheit zurückzulassen verpflichtet ist, als er bei dem Antritte der Pacht übernommen hat, kann er von dem Verpächter Ersatz des Wertes verlangen.

Den vorhandenen auf dem Gute gewonnenen Dünger hat der Pächter zurückzulassen, ohne daß er Ersatz des Wertes verlangen kann.

E. I 547, E. II 533, RB. 586. — Mot. S. 441, Prot. II S. 265—8.

1. § 593 enthält eine **Sonderbestimmung für Landgüter**, die dem Vorbild mehrerer modernen Gesetzgebungen entspricht, s. die Angaben in den Mot. S. 441. Einen ähnlichen Zweck verfolgte wohl auch schon die Römische Satzung, wonach der beklagte Besitzer bei der Vindikation die fructus extantes dem Eigentümer zurückgeben mußte, s. v. Petrazycki, Fruchtverteilung S. 185ff.

Über den **Begriff des Landgutes** s. Bem. zu § 98, auch Planck dazu Nr. 3, Fränkel S. 99, Entsch. d. RG. 20 Nr. 59 S. 262. Man wird darunter ein Grundstück oder einen Komplex von solchen verstehen, der eine selbständige **landwirtschaftliche Bewirtschaftungseinheit** bildet, im Gegensatz zu einzelnen Parzellen. Nötig ist eine besondere Bewirtschaftung im Sinne einer dauernden Tätigkeit. Der Begriff ist somit ein engerer als der des landwirtschaftlichen Grundstücks (s. § 582 Nr. 2), da ein solches keineswegs überall den Vorbedingungen zum Vorhandensein eines selbständiger Bewirtschaftung fähigen Landgutes genügt. So sind Obstgärten und Kartoffeläcker „landwirtschaftliche Grundstücke“, aber sicherlich für sich noch nicht Landgüter.

Das RG. 20 Nr. 59 S. 262 schildert das Wesen des Landgutes treffend als „ein zu Ackerbau und Viehzucht bestimmtes ganzes, im Gegensatz zu verpachteten einzelnen Landstücken“. Auch das OLG. Königsberg bei Seuffert 60 Nr. 50 S. 94 erachtet Ackerbau und Viehzucht als Erfordernisse des Landgutbegriffes.

2. Wie in der richtig verstandenen Römischen Regel, handelt es sich auch im § 593 nur um eine obligatorische Verpflichtung: Eigentümer der Erzeugnisse ist nach § 956 der Pächter geworden, und für einen dinglichen Rückfall des Eigentumes fehlt ein zureichender Rechtsgrund.

3. **Der Kreis der zurückzulassenden Objekte** ergibt sich mit genügender Deutlichkeit aus dem Wortlaut des Paragraphen. Zu bemerken ist nur, daß der Satz nicht auf Erzeugnisse beschränkt ist, die auf dem Pachtgrundstück gewachsen sind: auch das z. B. bei einer Mißernte zugekaufte Korn fällt unter die Bestimmung. Daß das Zurückzulassende gerade von derselben Güte und Menge sei, wie das seinerzeit Uebernommene, wird — entgegen Entw. I § 546 — mit Recht nicht gefordert, s. Prot. S. 265.

4. Der **Zweck** der Bestimmung ist ein **sozialpolitischer**: es soll nicht die Wirtschaft durch die Entziehung der notwendigen Grundlagen desorganisiert werden. Daraus ergibt sich auch die Grenze: nicht alles vorhandene ist zurückzulassen, sondern nur soviel davon, als zur Fortführung der Wirtschaft bis zur nächsten Gewinnung der fraglichen Dinge erforderlich sein wird. Es fallen darunter etwa Stroh, Sämereien, Futtergetreide, Dünger (s. darüber Nr. 6), auch Tierjunge, möglicherweise Lebensmittel.

5. **Werterſatz**: Die Zurücklassungspflicht des § 593 stellt offenbar eine Art **Expropriation** dar, und darum ist der Verpächter dem Pächter insoweit zum Ersatz **des Wertes** der Erzeugnisse — nicht auch des etwa darüber hinausgehenden vollen Interesses — verpflichtet, als er mehr oder bessere Erzeugnisse, als die beim Pachtbeginn übernommenen zurückzulassen hat. Denn entgegengesetzten Falles ist er ja

schon aus dem Vertrage, möglicherweise auch nach § 586 oder §§ 587 ff., zur Herausgabe an den Verpächter verpflichtet und erleidet dadurch keine ungerechtfertigte Vermögenseinbuße. S. auch § 594.

Hat er freilich das Inventar gegen Wiederverkauf seinerzeit gekauft, so stehen ihm trotz der anscheinend allgemeinen Bestimmung in Abs. 2 Ansprüche zu: aber eben nicht nach § 593, sondern auf Grund des Vertrages.

6. Eine Sonderbestimmung trifft Abs. 3 wegen des **Düngers** in zweifacher Richtung:

a) er ist vollständig zurückzulassen (den vorhandenen . . . hat . . . zurückzulassen).

b) der Pächter kann seinetwegen keinen Ersatz beanspruchen.

7. **Beweis**: Daß die zurückzulassenden Gegenstände im Sinne von Abs. 1 für die Wirtschaft notwendig seien, hat der Verpächter zu beweisen, der darauf Rechte stützt; umgekehrt wird der Pächter aus dem gleichen Grunde die Voraussetzungen seines behaupteten Erstattungsanspruches darzutun haben.

§ 594.

Übernimmt der Pächter eines Landguts das Gut auf Grund einer Schätzung des wirtschaftlichen Zustandes mit der Bestimmung, daß nach der Beendigung der Pacht die Rückgewähr gleichfalls auf Grund einer solchen Schätzung zu erfolgen hat, so finden auf die Rückgewähr des Gutes die Vorschriften des § 589 Abs. 2, 3 entsprechende Anwendung.

Das Gleiche gilt, wenn der Pächter Vorräte auf Grund einer Schätzung mit einer solchen Bestimmung übernimmt, für die Rückgewähr der Vorräte, die er zurückzulassen verpflichtet ist.

E. I 548, E. II 534, RV. 587. — Mot. S. 441, Prot. II S. 269.

Der § 594 hat Fälle im Auge, die denen der §§ 587 ff. entsprechen; nur ist nicht, wie dort, das übernommene und zurückzugewährende Inventar, sondern das Landgut selbst Gegenstand der Abschätzung, oder es sind das, nach Abs. 2, die vorhandenen Vorräte.

In diesen Fällen sollen die Vorschriften des § 589 Abs. 2 und 3 **entsprechende Anwendung** finden. Das heißt:

a) es ist im Falle von § 594 Abs. 1 der Wert des Landgutes nebst dem etwaigen Inventar zu schätzen und mit dem abgeschätzten Übernahmewert zu vergleichen: jedoch steht dem Verpächter gemäß § 589 Abs. 2 das Ablehnungsrecht zu, und zwar nicht nur betreffs des Inventars, sondern auch betreffs des Landgutes selbst, wenn für dasselbe durch kostspielige Bauten oder Anlagen, Ankauf neuer Parzellen die Voraussetzungen der zitierten Bestimmungen eingetreten sind. Natürlich beschränkt sich die Ablehnungsbefugnis auf die betroffenen **Teile** des Landgutes, es sei denn, daß eine Trennung zweckentsprechender Weise nicht möglich ist. Der Verpächter wird dadurch nicht beeinträchtigt, da ihm ja bei dem Schätzungsverfahren nach § 589 Abs. 3 immer der Wert des Abgelehnten zu gute kommt. Ein sofortiger Eigentumserwerb des Pächters kann hier, bei einer unbeweglichen Sache, allerdings nicht wohl eintreten — es bedarf noch der Auflassung und Eintragung im Grundbuche; der die Übernahme ablehnende Verpächter ist offenbar zur Mitwirkung an jener verpflichtet.

Ob das Ablehnungsrecht sich überhaupt auf das Landgut selbst beziehe, ist nicht unzweifelhaft; Planck zu § 594 erwähnt es ebensowenig wie die Vorarbeiten. Ich glaube die Frage trotz aller Bedenken bejahen zu müssen, da andernfalls die Verweisung auf § 589 Abs. 2 doch inhaltlos wäre; wegen des Inventars allein (Planck), das in § 594 zudem gar nicht erwähnt wird, wäre in solchen Fällen ohnedies schon § 589 für sich anwendbar gewesen. Wie hier Crome § 240 Anm. 27; Türcke-Riedenführ Nr. 1; unbestimmt Kober-Staudinger Nr. II, 1.

b) im Falle von § 594 Abs. 2 gilt betreffs der Abschätzung dasselbe, jedoch kann hier von einem Ablehnungsrecht des Verpächters keine Rede sein. Denn es stehen ja nur die Vorräte in Frage, zu deren Übernahme der Verpächter nach § 593 lediglich berechtigt, nicht verpflichtet ist, und auch das nur, soweit es die Fortführung der Wirtschaft erfordert.

§ 595.

Ist bei der Pacht eines Grundstücks oder eines Rechtes die Pachtzeit nicht bestimmt, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Pachtjahrs zulässig; sie hat spätestens am ersten Werktage des halben Jahres zu erfolgen, mit dessen Ablaufe die Pacht endigen soll.

Diese Vorschriften gelten bei der Pacht eines Grundstücks oder eines Rechtes auch für die Fälle, in denen das Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist vorzeitig gekündigt werden kann.

E. I 537, E. II 535, RB. 588. — Mot. S. 426—8, Prot. II S. 246—9.

1. Es entspricht der größeren Stetigkeit namentlich der landwirtschaftlichen Verhältnisse, aber auch allgemein dem Charakter der Pacht, ihr im Zweifel eine längere Dauer als der Miete beizulegen, und dem haben die meisten neueren Gesetzgebungen Rechnung getragen, so das Landrecht I, 21, §§ 342—3 und das SächsGB. § 1216. Ihnen folgt das BGB., es erklärt die Kündigung, anders als nach § 565, hier nur für den Schluß des **Pachtjahres**, nicht des davon etwa verschiedenen **Wirtschaftsjahres**, zulässig, und zwar mit **halbjähriger Frist** gemäß Abs. 1.

Diese **Kündigungsfrist** gilt sowohl bei Pachtverhältnissen **unbestimmter Dauer**, als bei solchen von **bestimmter**, wenn sie ausnahmsweise vorzeitig, jedoch unter Einhaltung der gesetzlichen Frist, gekündigt werden können. Die Zahl dieser Fälle ist hier freilich durch § 595 gegenüber der Miete erheblich beschränkt: es kommen in Betracht die des § 567, teilweise 569 (für die Erben des Pächters), §§ 19, 21 Abs. 3 KO., § 57 ZwangsvGes.

Nicht aber ist die Frist abzuwarten in den Fällen unbefristeter vorzeitiger Kündigung, wie nach §§ 542, 553—4.

2. Der § 595 ist anwendbar bei der Pacht von **Grundstücken**, nicht nur landwirtschaftlichen, und von **Rechten**. Dieser Ausdruck bedarf jedoch insofern einschränkender Auslegung, als die Pacht von Rechten an beweglichen Sachen (z. B. Verpachtung des Nießbrauches an einer Herde) vernünftigerweise nicht mit langfristigerer Kündigung versehen sein kann, als die der Sachen selbst. So auch Mot. S. 428.

3. Wegen der **Fristberechnung** s. §§ 186 ff., namentlich 189.

§ 596.

Dem Pächter steht das im § 549 Abs. 1 bestimmte Kündigungsrecht nicht zu.

Der Verpächter ist nicht berechtigt, das Pachtverhältnis nach § 569 zu kündigen.

Eine Kündigung des Pachtverhältnisses nach § 570 findet nicht statt.

E. I 533; 538, E. II 536, RB. 589. — Mot. S. 423, 428—9, Prot. II S. 233 bis 237, 249—51.

1. **Die Gründe einer vorzeitigen Kündigung** sind bei der Pacht gegenüber der Miete sehr beschränkt:

a) **dem Pächter** ist das Kündigungsrecht **entzogen** wegen verweigerter Genehmigung des Verpächters zur Gebrauchsüberlassung und Unterverpachtung (§ 549 Abs. 1), sowie wegen Versetzung (§ 570).

Natürlich aber kann der Pächter mit Genehmigung des Verpächters eine Unterverpachtung vornehmen, auch eine Übertragung des gesamten Pachtverhältnisses in Recht und Pflicht auf eine dritte Person. Das kommt sogar in norddeutschen Bezirken als sogen. „Pachtabstand" häufig vor, s. darüber Altvater, ArchZivPrax. 95 379 ff.

b) **dem Verpächter ist es entzogen** wegen Todes des Pächters (§ 569; anders Landrecht I, 21, § 369) — dagegen haben in diesem Falle die Erben des Pächters

Dagegen ist an vertretbaren Sachen (§ 91) eine richtige Leihe möglich und häufig, wenn sie auch nach § 607 geeignete Gegenstände eines Darlehens sind. Ebensowenig sind unbewegliche Sachen vom Leihgeschäft ausgeschlossen; das wurde schon bisher angenommen und folgt für das BGB. aus dem unbeschränkt redenden Wortlaut des § 598; so auch Mot. S. 443. So ist denn auch in der Praxis (OLG. Colmar vom 13. V. 1904, Rspr. IX S. 304) eine Leihe angenommen worden, wenn jemand dem Unternehmer einer elektrischen Anlage den Gebrauch seines Daches zwecks Vornahme von zu jener nötigen Arbeiten gestattet hat.

An der verliehenen Sache bleibt der Verleiher Eigentümer und mittelbarer Besitzer; der Entleiher erwirbt nur den unmittelbaren Besitz, § 868. Eine fiduziarische Übereignung zu Leihzwecken ist zwar begrifflich nicht ausgeschlossen, kommt aber im heutigen Verkehr jedenfalls nur ganz selten vor; anders im älteren Rom als Fall der sogen. „fiducia cum amico“.

Ob und inwieweit auch dem Verleiher fremde, insbesondere dem Entleiher selbst gehörige Sachen mit Rechtswirksamkeit verliehen werden können, beantwortet sich wieder aus dem oben (Vorbem. 1 b vor § 535) für die Miete Gesagten, s. auch l. 15 D. 16,3, für die grundsätzliche Möglichkeit auch Enneccerus S. 658, s. ferner die beachtenswerten Ausführungen von M. Wolff, Das Recht zum Besitze (Sonderausgabe aus der Festschrift für R. Koch), S. 29. Die Leihe eigener Sachen ist jedenfalls dann gültig, wenn dem Verleiher trotz mangelndem Eigentum ein Recht auf den Besitz der Leihsache — sei es dinglich, sei es persönlich — zustand. Auch daß durch die Einrede des Eigentums der Rückgabeanspruch ausgeschlossen werde, läßt sich für solche Fälle nicht behaupten. Das ist freilich dann anders, wenn der Entleiher vom Verleiher auf Grund seines Eigentums die Sache, vom Leihvertrag abgesehen, sofort zurückzufordern berechtigt sein würde. Dem Rückgabeanspruch des Verleihers würde in solchen Fällen der Satz entgegenstehen „dolo facit qui petit quod statim redditurus sit“. Aber daraus folgt nicht, daß die Leihe in solchen Fällen auch im übrigen ungültig sei. Von einer Zinspflicht, die bei der Miete alsdann den Hauptbestandteil der Vertragsfolgen ausmacht, ist hier freilich keine Rede, auch nicht von Verwendungsansprüchen im Sinne des § 601, da die Verwendungen dem Entleiher als besitzberechtigtem Eigentümer zur Last fallen müssen. Dagegen liegt kein Grund vor, die Haftung aus § 600 in derartigen Fällen auszuschließen; in diesem allerdings stark abgeblaßten Sinne wird man daher wohl auch der Leihe durch den besitzberechtigten Eigentümer Wirksamkeit zuschreiben dürfen.

Erfährt der entleihende Eigentümer sein Recht und erklärt sich unter Berufung darauf dem (nicht zum Besitz berechtigten) Verleiher gegenüber für durch die Abrede nicht mehr gebunden, so löst das Vertragsverhältnis sich fortan vollends auf.

Wenn der Entleiher während dessen Dauer Eigentum erlangt, so gilt das bisher Gesagte von diesem Zeitpunkt ab entsprechend.

Prozessual gestaltet sich die Sache so, daß gegenüber dem Rückgewähranspruch aus § 604 der Entleiher die Einrede des eigenen Eigentums vorschützen kann; der Verleiher mag demgegenüber in einer Replik sein etwaiges Recht zum Besitze geltend machen.

c) Die Leihe ist **unentgeltliche** Gebrauchsüberlassung. Darin besteht ihr wesentlicher Unterschied von der Miete. Wird ein Entgelt vereinbart, so liegt in Wahrheit Miete vor, wenn auch der Sprachgebrauch des Lebens beides nicht so streng unterscheidet („Leihbibliothek“, „Leihinstitut für Maskengarderobe“).

d) Eine **Gebrauchsgewährung** in dem oben (Vorbem. 1 a vor § 335) festgestellten Sinn, die über die Gebrauchsüberlassung hinausginge, ist hier im Gegensatz zu der Miete nicht erfordert. Der Verleiher braucht daher nicht (anders § 536) die Sache in zweckentsprechendem Zustande zu erhalten, nur darf er den Entleiher nicht im Gebrauch stören, auch nicht durch Übertragung an einen andern, der dann dem Entleiher kraft seines dinglichen Rechtes die Sache entziehen könnte. Ebensowenig darf er natürlich den Entleiher durch Überlassung einer gefährlichen Sache schädigen.

Der hier verfochtene Unterschied zwischen Gebrauchsgewährung und -gestattung, der herrschenden Lehre (Cosack § 141, IV, Endemann § 183, 1 a, 2; Schollmeyer S. 83—4, Planck zu § 598 Nr. 5, Kober-Staudinger das. Nr. 7) geläufig, wird von Dernburg § 231, II als „spitzfindig“ verworfen. Aber das im Ausdruck so peinlich sorgfältige Gesetz hat den unterscheidenden Wortlaut offenbar absichtlich gewählt. Und das hat auch innere Gründe, indem es wenig angebracht wäre, den liberalen Akt des Verleihens mit besonderen positiven Pflichten, wie die des

Vermieters sind, zu belegen, z. B. mit Reparaturpflichten. Soll z. B., wer einem Freunde eine kostbare alte Blumenvase zum Aufstellen bei einer Gesellschaft leiht, sie in vielleicht unverhältnismäßig kostspieliger Weise ausbessern lassen müssen, wenn sie sich als nicht wasserdicht erweist? Richtig ist allerdings wohl, daß der Entleiher die während der Vertragsdauer durch Zufall an ihn zurückgelangte Leihsache dem Entleiher in der Regel von neuem zu überlassen hat — aber das ergibt sich ungezwungen bereits aus der hier verteidigten negativen Pflicht, den Gebrauch des Entleihers nicht störend zu beeinflussen. S. auch unten Nr. 4.

2. Im Römischen Recht war das commodatum ein **Realkontrakt**, eine klagbare Verbindlichkeit ward erst durch die Hingabe erzeugt. Das Gemeine Recht dagegen läßt infolge der allgemeinen Formfreiheit der Verträge auch schon den bloßen **Vorvertrag** über Hingabe einer Sache **zu Leihzwecken** (pactum de commodando) rechtsverbindlich sein. Streitig ist aber sowohl gemein- wie partikularrechtlich, ob auch das Kommodat selbst nunmehr durch bloße Abrede zu Stande kommen könne, oder als solches nach wie vor Realkontrakt geblieben sei. Die letztere Ansicht ist die richtige und herrschende, s. dafür Windscheid § 374 No. 2, ferner die bedeutende Spezialliteratur über die Frage der Realkontrakte im heutigen Recht, vorzüglich Demelius in Iherings Jahrb. 3 39ff., Unger das. 8 1ff., E. Adler das. 31 190ff., die sich alle, wennschon mit verschiedener Begründung, für den Realvertrag aussprachen, ebenso Eisele, Z. f. Schweiz. Recht 3 1ff, Dernburg, Pand. II § 8 Nr. 3.

Die Streitfrage kehrt für das BGB. wieder; für den **konsensualen Charakter der Leihe** treten ein Cosack § 141, III, unter Berufung auf die Analogie der Miete, ferner Hellmann, KrVJSchr. **41** 222, ArchZivPrax. **90** 434—5, Kipp-Windscheid S. 551, Stintzing, Vorverpflichtung, S. 73, sowie Meisner Nr. 4 zu § 598; **für den realkontraktlichen** aber die herrschende Meinung, so Planck, Vorbem. Nr. 1, Fischer-Henle zu § 598 Nr. 1, Endemann § 183 Anm. 1, Crome § 246 Anm. 6, Dernburg § 230, II, Kober-Staudinger, Vorbem. 2, Eck-Leonhard S. 505, Matthiaß S. 575, Schollmeyer S. 83, in besonderer Weise (s. unten) auch Schloßmann, Iherings Jahrb. **45** 1ff., 78. Ihr ist beizupflichten. Die eigentümlichen Pflichten des Entleihers, zur angemessenen Behandlung und zur Rückgabe der Sache, setzen vernünftigerweise eine vorgängige Hingabe voraus; vorher kann insbesondere die Rückgabepflicht bestenfalls als eine durch die Hingabe suspensiv-bedingte vorhanden sein.

Daß das der Standpunkt des Gesetzes ist, ergibt sich daraus, daß es von einer Pflicht zur Übergabe der Leihsache an den Entleiher, die bei einem konsensualen Leihvertrag im Vordergrund stehen würde, nichts enthält; daß alle seine einschlägigen Sätze nur auf den Fall einer bereits vollzogenen Übergabe passen. Auch die in § 598, der zunächst bedenklich scheinen möchte, anerkannte Gestattungspflicht hat rechten Sinn nur, wenn der Begünstigte in der tatsächlichen Lage ist, das Gestattete selbst vorzunehmen. Die Analogie der Miete schlägt nicht durch. Einmal nicht aus äußeren Gründen, indem das Gesetz dem Vermieter in § 536 an Stelle der bloßen Gestattungs- eine weitergehende Überlassungspflicht auferlegt, die, weil durch die Überlassung zu erfüllen, natürlich vor dieser vorhanden sein muß. Vor allem aber aus inneren Gründen: während die Leihe in der Gebrauchsgestattung und Rückgabe wesentlich aufgeht, entspringen der Miete weitere Pflichten, besonders die zur Zinszahlung, die nicht erst Folge der Überlassung sein können, schon deshalb nicht, weil sie möglicherweise — s. den Fall des § 552 — auch ohne vorgängige Überlassung in Aktivität treten. Gewiß: der Teil der Parteipflichten aus der Miete, die denen bei der Leihe entsprechen (besonders die Pflichten zur dauernden Gebrauchsgestattung und Rückgabe), treten als aktuelle auch bei ihr erst mit der Hingabe ein, und enthielte die Miete keine weiteren, so möchte kein Unterschied gegenüber der Leihe in dem hier besprochenen Punkt bestehen. Aber daraus folgte nicht, daß die Leihe Konsensual-, sondern daß auch die Miete Realvertrag würde. Sie ist dies nicht, weil sie auch andere, konsensuale Bestandteile hat; bei der Leihe fehlen diese durchweg, und so ist kein Bedürfnis, ihr den Charakter eines reinen Realvertrages streitig zu machen.

Pflichten des Verleihers zur Gebrauchsüberlassung können freilich schon vor der Hingabe begründet werden, ja sie finden in dieser ihre Erledigung. Aber sie sind eben keine Pflichten aus der Leihe, sondern aus dem davon wohl zu sondernden Vorvertrag, pactum de commodando, der sich im Abschluß des Leihvertrages selbst erfüllt. Beide sind also wesentlich verschieden.

Allerdings ist auch die Existenz des Leihvorvertrages keineswegs allgemein anerkannt. Den Anhängern der konsensualen Leihe erscheint er als überflüssig, s. dagegen das oben Gesagte. Umgekehrt begründet Schloßmann aaO. (S. 1ff., 72ff., 78) die reale Natur der Leihe damit, daß nach römischem und auch wohl nach heutigem Recht unwirtschaftliche Gefälligkeitsakte nicht für ausreichend erachtet würden, um mittelst des rein konsensualen Momentes Verbindlichkeiten zu begründen. Da der Vorvertrag nach Schloßmann nichts Selbständiges, sondern nur das mit jedem Realvertrag verbundene konsensuale Element darstellen soll (S. 69), ein Unterschied zwischen Vor- und Hauptvertrag unmöglich ist, so kann ein Vorvertrag da nicht bindend sein, wo die Rechtsordnung das konsensuale Moment ohne Hinzutritt einer „res" nicht als schuldbegründend anerkennt.

Diese, wie immer bei Schloßmann, höchst scharfsinnige Argumentation wird man sich schwerlich zu eigen machen können. Einmal erweckt seine allgemeine Theorie der Vorverträge Bedenken, entspricht keinenfalls (s. z. B. § 610) der Auffassung des BGB. Zum andern ist die Ablehnung einer Zulänglichkeit des „konsensualen Elementes" bei der Leihe für das heutige Recht nicht bewiesen. Gewiß — wo in der leihweisen Überlassung eine Schenkung zu finden ist (s. Vorbem. 1—3 vor § 516), wird das Versprechen einer solchen der Form des § 518 bedürfen. Aber dem ist keineswegs immer, nicht einmal in der Mehrzahl der Fälle so. Und dem formlosen Versprechen dieser Art auch übrigens die Wirkung zu versagen, dafür läßt sich bei der grundsätzlichen Formlosigkeit der Verträge, der Anerkennung der privaten Bestimmungsfreiheit mangels einer ausdrücklichen Sondervorschrift kein zwingender Grund finden. Gewiß wird die Liberalität der Verleihers im Gesetz tunlichst milde behandelt — aber das führt keineswegs zu der weitgehenden Folgerung Schloßmanns. Auch beim Darlehen wird der Vorvertrag in § 610 keineswegs besonders als wirksam anerkannt, sondern nur als ein ohnedies feststehender verwertet. Und wenigstens für den Vertrag über Hingabe eines zinslosen Darlehens würden Schloßmanns Gründe, wenn überhaupt, nicht minder zutreffen wie bei der Leihe.

Auch Stintzing aaO. (s. S. 6, 32ff., 63) verwirft den herkömmlichen Begriff des Vorvertrages und will ihn durch die allgemeinere, aus den verschiedensten Rechtsgründen entspringende „Vorverpflichtung" ersetzen. Sie geht nicht auf ein contrahere, sondern besteht darin, daß der Vorverpflichtete auf Verlangen des Gegners ohne weiteres zur Leistung verpflichtet ist. Dazu ist im Allg. Teil Stellung zu nehmen.

3. Das nach dem Gesagten von der Leihe verschiedene **pactum de commodando** wird vom Gesetz nicht besonders geregelt (anders beim Darlehen, § 610). Welche Verpflichtungen aus ihm entspringen, läßt sich indes auch ohnedies unschwer feststellen:

a) **der Verleiher** ist zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet. Wegen der Folgen der Nichterfüllung, Verzug usw. gelten die allgemeinen Regeln; jedoch greift die Haftungsbeschränkung des § 599 sinngemäß schon bei dem Vorvertrage Platz.

b) Möglicherweise, aber nur in Ausnahmefällen und auf Grund eines erkennbar dahingehenden Vertragswillens, ist daneben **auch der Entleiher zur Annahme der Sache verpflichtet**, wenn dadurch ein besonderes Interesse des Gebers befriedigt werden soll (s. den Fall in l. 5 § 10 D. 13,6). Alsdann haftet der Entleiher für die Folgen der Nichtannahme nach allgemeinen Grundsätzen auf Ersatz des dem Verleiher entstehenden Schadens (z. B. dieser hat im Vertrauen auf die Abrede den für die Sache nötigen Raum anderweit verwendet und muß sie jetzt mit Kosten anderswo unterbringen). Davon abgesehen treffen ihn bei Nichtannahme die Folgen des Annahmeverzuges.

4. **Die Leihe selbst** ist ein wesentlich einseitig verpflichtendes Geschäft, ein contractus bilateralis inaequalis im Sinne der gemeinrechtlichen Terminologie. Notwendig und unmittelbar entspringen ihr nur Pflichten des Entleihers, §§ 600—4; nur möglicherweise, akzidentell, können solche des Verleihers (auf Ersatz von Schaden, von Verwendungen) hinzutreten, s. §§ 600, 601 Abs. 2, 606. Allerdings schreibt der § 598 auch als Hauptpflicht die des Verleihers zur Gebrauchsgestattung vor; aber das ist eine Pflicht besonderer Art, die keinenfalls im Austauschverhältnis zu den Entleiherpflichten steht. Überhaupt erscheint der Ausdruck nicht ganz genau; denn nach der Überlassung liegt weniger eine Pflicht des Verleihers vor, dem Entleiher den Gebrauch der Gebrauch der Sache zu gestatten, als vielmehr zunächst ein Recht des Entleihers, sie in der fraglichen Zeit dem Verleiher vorzuenthalten; eine Pflicht liegt dem Verleiher nur insofern ob, als er das Recht des Entleihers nicht vereiteln darf, z. B. durch

Veräußerung der Sache. Also nur eine sekundäre Unterlassungspflicht. So im Ergebnis auch Endemann § 183 Nr. 1, Cosack § 141 Nr. IV, dieser vom Standpunkt des konsensualen Leihvertrages aus mit Unrecht: denn ein solcher würde wenigstens in vielen Fällen als zweiseitig verpflichtender aufzufassen sein.

Die besonderen Regeln über gegenseitige Verträge, namentlich die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, das erleichterte Rücktrittsrecht, sind also auf den Leihvertrag nicht anzuwenden, wohl aber steht dem Entleiher das Rückbehaltungsrecht aus § 273 zu wegen seiner etwaigen Gegenansprüche.

§ 598.

Durch den Leihvertrag wird der Verleiher einer Sache verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten.

E. I 549², E. II 538, RV. 591. — Mot. S. 443—6, Prot. II S. 269.

Das hier zu Sagende ergibt sich überall aus den Vorbemerkungen.

§ 599.

Der Verleiher hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

E. I 550, E. II 539, RV. 592. — Mot. S. 446, Prot. II S. 269—70.

1. Daß der Verleiher nur **für Vorsatz oder grobes Verschulden** hafte, entspricht dem bisher überall geltenden Recht, s. ll. 17 § 3, 18 § 3,22 D. 13,6; Landrecht I, 21, § 257, SächsGB. § 1177, und rechtfertigt sich aus dem regelmäßigen Fehlen eines Interesses bei ihm. Anders als nach RR, findet die Regel mangels einer für diesen Fall gegebenen Ausnahme auch Anwendung, wenn ausnahmsweise ein solches vorhanden ist.

Neben dem eigenen hat der Verleiher gemäß § 278 auch für das entsprechend qualifizierte **Verschulden seiner Gehilfen** und Vertreter aufzukommen.

2. Eine nach § 599 zu vertretende **Schädigung** des Entleihers kann in jedem sein Gebrauchsrecht störenden Verhalten liegen, z. B. durch Wegnahme, Veräußerung der Sache, Störung des Gebrauches.

Sie kann aber auch dadurch eintreten, daß der Verleiher schon bei Übergabe der Sache sich schuldhaft benimmt, jedoch ist für diesen Fall eine besondere Bestimmung in § 600 gegeben, die als die engere den § 599 für ihren Anwendungsbereich zurückdrängt.

Anders faßt Kipp zu Windscheid S. 557 das Verhältnis der §§ 599—600 auf, unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte. Er will § 599 nur anwenden, wenn der Verleiher schuldhaft die Hergabe der Sache unmöglich macht, sowie auf „ähnliche Fragen". Aber nach dem in Vorbem. 2 vertretenen Standpunkt ist die Pflicht zur Hergabe keine solche aus der realen Leihe, sondern nur eine aus dem etwaigen Vorvertrag. Auf diesen aber bezieht sich § 599 nicht; er geht vielmehr allgemein auf das Benehmen des Verleihers nach Abschluß des realen Leihvertrages und ist auch nach dieser Anschauung neben dem spezielleren § 600 keineswegs inhaltlos.

3. Es ist anzunehmen, daß der Verleiher nicht nur aus der Leihe, sondern auch aus dem **Vorvertrage** (pactum de commodando) bloß in der beschränkten Weise hafte.

§ 600.

Verschweigt der Verleiher arglistig einen Mangel im Rechte oder einen Fehler der verliehenen Sache, so ist er verpflichtet, dem Entleiher den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

E. I 551, E. II 540, RV. 543. — Mot. S. 446—7, Prot. II S. 270.

1. Auch dieser Satz entspricht dem bisherigen Recht, s. die Zitate bei § 599, und den analogen Bestimmungen bei der Schenkung, §§ 523—4. Er setzt aber geradezu **arglistiges Verschweigen** voraus; eine selbst grob fahrlässige Unkenntnis des Mangels genügt hier nicht, da nach BGB. im Gegensatz zum bisherigen Recht ein Rückschluß vom einen auf das andere unstatthaft ist. Aufl. 1 fügte hinzu: Da jedoch

die Vorschriften über unerlaubte Handlungen auch bei Vertragsverhältnissen an sich nicht ausgeschlossen werden (s. Vorbem. vor § 823 Nr. 5a), so kann bei fahrlässigem Verschweigen möglicherweise eine Haftung nach §§ 823 ff. eintreten. So auch Planck. Anders aber Kipp aaO., der auch die deliktische Haftung für Handlungen in Erfüllung eines bestehenden, mit milderer Haftung ausgestatteten Verhältnisses ohne weiteres entsprechend abgemildert werden läßt. Das ist an sich nur richtig bei solchen Handlungen, zu deren Vornahme das besondere Vertrags-, also hier das Leihverhältnis, den Handelnden an sich berechtigt oder gar verpflichtet. Und ein derartiges spezifisch vertragsmäßiges Verhalten steht hier nicht in Frage. Aber andererseits ist von einer Pflicht, einen anderen auf gewisse Mängel einer Sache aufmerksam zu machen, außerhalb eines Vertrages grundsätzlich nicht die Rede; es könnte dabei wohl nur eine Haftung aus dem noch enger begrenzten § 826 in Frage kommen. Somit dürfte die in Aufl. 1 vorgeschlagene Eventualität praktisch gegenstandslos werden. Sie hat aber auch theoretische Bedenken gegen sich, indem es der Absicht des Gesetzgebers entsprechen dürfte, den Verleiher im Fall des § 599 nur für arglistiges Verschweigen haftbar sein zu lassen.

2. Über den Begriff des arglistigen Verschweigens vgl. das zu §§ 443, 463 Gesagte.

3. **Die Ersatzansprüche** nach §§ 599 600 können sowohl selbständig durch Klage, als auch gemäß § 273 durch Rückbehaltung der geliehenen Sache geltend gemacht werden.

§ 601.

Der Entleiher hat die gewöhnlichen Kosten der Erhaltung der geliehenen Sache, bei der Leihe eines Tieres insbesondere die Fütterungskosten, zu tragen.

Die Verpflichtung des Verleihers zum Ersatz anderer Verwendungen bestimmt sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Entleiher ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wegzunehmen.

E. I 553, E. II 541, RV. 594. — Mot. S. 447—8, Prot. II S. 271—3, VI S. 185—6.

1. § 601 behandelt in grundsätzlicher Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht (s. die Angaben in den Mot. S. 447) die Frage der **Haftung der Beteiligten für die Kosten und Verwendungen** auf die verliehene Sache:

a) die gewöhnlichen Erhaltungs-, bei Tieren namentlich die Fütterungskosten hat der Entleiher zu tragen. Das steht im teilweisen Gegensatz zur Bestimmung des § 547 bei der Miete, während es dem bei der Pacht geltenden Recht (§ 582) wesentlich entspricht.

Die Bestimmung bedeutet nicht nur, daß der Entleiher wegen der im Texte genannten Verwendungen keine Ersatzansprüche hat, sondern darüber hinaus, daß er zur Vornahme von ihnen bei Vermeidung von Schadensersatz geradezu verpflichtet wird.

b) ob und inwieweit der Entleiher Ansprüche hat **wegen sonstiger Verwendungen**, also solcher, die entweder nicht der Erhaltung der Sache dienen (sogen. impensae utiles und voluptuariae), oder zwar zur Erhaltung der Sache notwendig, aber außergewöhnlich sind („Kapitalsverwendungen"), bestimmt sich laut Abs. 2 nach dem Rechte der Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 ff. S. die ähnlichen Bestimmungen in § 450 Abs. 2 und § 547 Abs. 2; das dort Gesagte ist auch hier anzuwenden, namentlich auch wegen Art und Umfang des Erstattungsanspruches sowie des Wegnahmerechtes einer veranstalteten „Einrichtung". Ein entsprechender Satz gilt auch beim Pfandrecht, § 1216.

Eine Pflicht zur Vornahme der Verwendungen zu b liegt im allgemeinen dem Entleiher nicht ob. Doch kann er nach Treu und Glauben wenigstens zur Anzeige an den Verleiher von dem eingetretenen Bedürfnisfall verpflichtet sein, Planck Nr. 5.

2. Der Entleiher hat wegen seiner Ersatzansprüche das **Rückbehaltungsrecht** aus § 273; über die Verjährung derselben s. § 606.

§ 602.

Veränderungen oder Verschlechterungen der geliehenen Sache, die durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt werden, hat der Entleiher nicht zu vertreten.

E. I 554, E. II 542, RV. 595. — Mot. S. 448—51, Prot. II S. 275.

1. Die §§ 602—5 bestimmen über **die Pflichten des Entleihers**, und zwar macht § 662 logisch nur eine Ausnahme von den Hauptpflichten der §§ 603—4: er muß die Sache zurückgeben, an sich unversehrt, aber er hat Veränderungen von der im § 602 angegebenen Art nicht zu vertreten.

Die Bestimmung selbst ist wörtlich der bei der Miete in § 548 gegebenen nachgebildet; das dort Bemerkte ist daher auch hier zu verwenden.

2. Macht der Entleiher dagegen schuldhaft **einen andern als den vertragsmäßigen Gebrauch** von der Sache, so haftet er für den dadurch entstandenen Schaden, mag ihn auch ein weiteres Verschulden dabei nicht treffen, s. § 603 und Bem. dazu. Welcher Gebrauch vertragsmäßig sei, bestimmt sich nach Wortlaut und Zweck des einzelnen Vertrages, s. auch Bem. 1 zu § 535. Bei der Abgrenzung sind insbesondere auch die Grundsätze von Treu und Glauben gemäß § 242 heranzuziehen. Allgemeines läßt sich kaum darüber sagen.

3. **Ist der Entleiher zur Ingebrauchnahme der Sache verpflichtet?** Die Frage wird man an sich verneinen; eine solche Pflicht findet weder in den gesetzlichen Sonderbestimmungen einen Anhalt, noch ergibt sie sich aus dem allgemeinen Prinzip von Treu und Glauben (§ 242). Natürlich kann das Gegenteil besonders ausgemacht sein, aber dann liegt kein reiner Leihvertrag vor, sondern ein aus Bestandteilen von Leihe und Auftrag kombiniertes Geschäft, s. Planck zu § 599 Nr. 6.

Eine solche besondere Abmachung kann unter Umständen auch, nach Maßgabe der allgemeinen Regeln, als stillschweigend getroffen unterstellt werden. Aber auch ohne jede Abrede kann die Gebrauchspflicht schon in der bloßen Eigenart des Leihobjektes, das zur Hintanhaltung von Verschlechterungen eine ständige Ingebrauchnahme erfordert — z. B. Reitpferde — leicht ohne weiteres begründet sein, gemäß § 242. So auch Dernburg § 231 Anm. 5.

§ 603.

Der Entleiher darf von der geliehenen Sache keinen anderen als den vertragsmäßigen Gebrauch machen. Er ist ohne die Erlaubnis des Verleihers nicht berechtigt, den Gebrauch der Sache einem dritten zu überlassen.

E. I 549 S. 1, 552, E. II 543, RV. 596. — Mot. S. 443, 447, Prot. II S. 269—70.

1. Der § 603 ähnelt den entsprechenden Bestimmungen beim Mietvertrage, §§ 549—50, und stimmt mit dem bisherigen Rechte überein. Auch die Folgen des Zuwiderhandelns sind denen bei der Miete ähnlich, trotz Fehlens besonderer dies ausdrücklich aussprechender Bestimmungen:

a) Der Verleiher kann **auf Unterlassung** des vertragswidrigen Gebrauches **klagen**; eine vorgängige Abmahnung wird nach Analogie von § 570 wohl vorauszugehen haben. Freilich ist dieses Recht wegen der fristlosen Kündigungsbefugnis ohne größere Bedeutung, aber es erscheint als unstatthafter Formalismus, mit Planck Nr 3 aus seiner Nichterwähnung — im Gegensatz zur Miete, § 550 — einen Schluß auf seine Unzulässigkeit zu ziehen. Wie die „Vertragswidrigkeit" des Gebrauches ein rein objektiver Begriff ist ohne jede subjektive Beimischung, entsprechend der „Rechtswidrigkeit" (so treffend Weyl, Verschuldensbegriffe S. 340), so setzt auch der Unterlassungsanspruch offenbar nicht mehr als den objektiven Tatbestand der Vertragswidrigkeit voraus.

b) er kann den Entleiher **auf Schadensersatz** in Anspruch nehmen, es sei denn, daß in dem vertragswidrigen Gebrauch kein Verschulden lag, etwa bei entschuldbarem Irrtum über die Grenzen des zulässigen Gebrauches. Anders Kober-Staudinger

I, 3c (anscheinend auch Schollmeyer S. 85), der wegen der bloßen Vertragswidrigkeit des Gebrauches Haftung bis zum Zufall eintreten läßt. Aber das erscheint als unbewiesen und bedenklich. Auch sonst tritt im BGB. die Haftung in der Regel nicht schon für objektiv, sondern erst für subjektiv rechtswidriges Verhalten ein, und daß hier eine Ausnahme gemacht sei, ist unerfindlich. Auch § 602 läßt sich schwerlich zu einem argumentum a contrario verwenden.

Mußte freilich der Entleiher die Vertragswidrigkeit des Gebrauches bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen, so ist die Haftung sogar dann begründet, wenn den Entleiher bei dem Gebrauche selbst ein weiteres Verschulden nicht trifft: er haftet insoweit also für Zufall, s. l. 5 § 8 D h. t., Mot. S. 450.

c) er hat auch ein **Kündigungsrecht** nach § 605 Abs. 2, s. Bem. dazu.

2. **Besondere Fälle eines unzulässigen Gebrauches:**

a) Das Gesetz führt als solchen in Satz 2 den einer vom Verleiher nicht besonders gestatteten **Gebrauchsüberlassung an einen dritten** selbst an. S. dazu die Bem. bei § 549, die auch hier meist verwendbar sind. Jedoch ist die besondere Bestimmung, daß der Mieter auch bei statthafter Gebrauchsüberlassung für das Verschulden des dritten haften soll, angesichts ihrer Nichterwähnung dem Entleiher gegenüber unanwendbar. So auch Planck Nr. 2, Fischer-Henle Nr. 3. Anders freilich Kipp aaO. S. 555, der die Haftung hier gemäß § 549 a fortiori annimmt. Das hat in der Tat vieles für sich, ist aber bei dem singulären Charakter von § 549 Abs. 2 nicht unbedenklich. Jedenfalls kommt man praktisch auch ohnedies für die meisten Fälle zu einem entsprechenden Ergebnis durch Heranziehung des § 278, indem der Entleiher durch Gebrauchsüberlassung an einen dritten diesen meist ohne weiteres zu einem Erfüllungsgehilfen stempeln wird.

b) **nach Beendigung der festgesetzten Zeit** muß der Entleiher die Sache **zurückgeben**; von da ab darf er, auch wenn die Rückgabe aus einem von ihm nicht zu vertretenden Grunde unterbleibt, überhaupt **keinen Gebrauch** mehr von der Sache machen; tut er es doch, so liegt darin ohne weiteres eine ihn event. verantwortlich machende Vertragswidrigkeit.

c) eine besondere Frage ist endlich die, ob der Entleiher **bei einer der Sache drohenden Gefahr** sie auch vor seinen eigenen schützen und zu retten suchen muß? Das wird auf Grund einer beiläufigen Bemerkung in den Pandekten (l. 5 § 4 D. 13,6) von manchen neueren Rechten ausgesprochen, s. darüber Mot. S. 450. Das BGB. hat mit Recht eine Bestimmung dieser Art vermieden. Es wird also von nun an darauf ankommen, ob dem Entleiher aus der Begünstigung der eigenen Sache nach den Umständen des konkreten Falles ein Vorwurf zu machen ist, und bei Beantwortung dieser Frage wird insbesondere, wennschon schwerlich allein, auf das Wertverhältnis der betreffenden Gegenstände, die Verhältnismäßigkeit also der entgegenstehenden Interessen, Rücksicht genommen werden müssen.

§ 604.

Der Entleiher ist verpflichtet, die geliehene Sache nach dem Ablaufe der für die Leihe bestimmten Zeit zurückzugeben.

Ist eine Zeit nicht bestimmt, so ist die Sache zurückzugeben, nachdem der Entleiher den sich aus dem Zwecke der Leihe ergebenden Gebrauch gemacht hat. Der Verleiher kann die Sache schon vorher zurückfordern, wenn so viel Zeit verstrichen ist, daß der Entleiher den Gebrauch hätte machen können.

Ist die Dauer der Leihe weder bestimmt noch aus dem Zwecke zu entnehmen, so kann der Verleiher die Sache jederzeit zurückfordern.

Überläßt der Entleiher den Gebrauch der Sache einem dritten, so kann der Verleiher sie nach der Beendigung der Leihe auch von dem dritten zurückfordern.

E. I 555—6, E. II 544, RB. 597. — Mot. S. 451—2, Prot. II S. 275.

1. **Allgemeines:**

Die zweite Hauptverbindlichkeit des Entleihers besteht in der **Rückgabepflicht.** Sie tritt, von den allgemeinen Beendigungsgründen der Schuldverhältnisse abgesehen, nach § 604 ein:

a) bei einer für die Leihe ausgemachten **festen Zeit** mit deren **Ablauf**, Abs. 1 (wie bei der Miete, § 564).

b) Mangels einer solchen **nach Beendigung des Gebrauches**, Abs. 2. Jedoch darf durch bloße **Zögerungen** des Entleihers mit dem Gebrauche das Rückforderungsrecht des Verleihers nicht hinausgeschoben werden. Darum bestimmt Satz 2 daselbst, daß auch vor Erledigung des Zweckes die Rückforderung statthaft sei, „wenn soviel Zeit verstrichen ist, daß der Entleiher den Gebrauch hätte machen können".

Der Sinn dieses Satzes ist für den Fall nicht zweifellos, daß die Zeit an sich verstrichen ist, wo normalerweise der Gebrauch hätte beendigt werden können, der Empfänger aber aus persönlichen Gründen schuldlos am Gebrauch verhindert war. Ich glaube alsdann ein Rückforderungsrecht annehmen zu sollen, da nach dem Wortlaut nur der Ablauf einer genügenden Zeit verlangt wird, dieser aber durch solche Momente nicht gehindert wird. Auch der Sinn spricht dafür, denn andernfalls würde dem Entleiher der Gebrauch der Sache auf unbestimmbare Zeit ohne Äquivalent nur infolge von Ereignissen der Person des Gegners entzogen werden können. So auch Kober-Staudinger II 2b.

c) Bei weder bestimmter noch sich aus dem Zwecke ergebender Dauer der Leihe **sofort**, Abs. 3. Das ist der dem bisherigen **precarium** entsprechende Fall.

Natürlich steht nichts im Wege, dem Entleiher auch trotz bestimmten Gebrauchszweckes schon für die Zeit vor dessen Erledigung ein Rückforderungsrecht einzuräumen.

d) Muß auch der Entleiher die Termine nach a—b abwarten, oder kann er schon früher die Sache zurückgeben? Im allgemeinen ja, gemäß § 271 Abs. 2, und da normalerweise nur der Verleiher Interesse an dem Geschäfte hat. Es kann indes das Gegenteil ausdrücklich bedungen sein oder sich aus den Umständen als gewollt ergeben. Auch davon abgesehen darf der Entleiher niemals durch unzeitige Rückgabe gegen Treu und Glauben verstoßen.

2. **Erfüllungsort:** Wo die Rückgabe der verliehenen Sache zu erfolgen habe, ist im Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt. Das GR. ließ den Wohnsitz des Gläubigers oder den früheren Standort der verliehenen Sache Erfüllungsort sein, s. l. 12 § 1 D. 13,6, Windscheid II § 282 No. 4, Burchard, Zur Lehre vom Erfüllungsort, 1880, S. 16 ff. Dem wird man auch für das BGB. folgen dürfen, s. Reatz, Gutachten aus dem Anwaltstande S. 546—8, Fischer-Henle § 604 No. 1, Schollmeyer S. 85; Kober-Staudinger I, 3; Planck Nr. 3; man darf behaupten, es entspreche „der Natur dieses Schuldverhältnisses" (s. § 269), daß der Verleiher nicht noch für seine Gefälligkeiten Gefahr und Kosten der Rückschaffung an seinen Wohnort übernehmen müsse. Hat er freilich nach Abschluß der Leihe seinen Wohnort gewechselt, so kann er dadurch die Verpflichtung des Entleihers nicht einseitig verschärfen; man wird ihm nach Analogie von § 270 Abs. 3 dann wohl die Mehrkosten der Übersendung an den neuen Wohnort auflegen dürfen.

3. **Gegenstand der Herausgabe:** Zurückzugeben ist die Sache, neben ihr hat der Entleiher, da ihm auf den Bezug der Früchte kein Recht zustand, die Akzessionen und Früchte herauszugeben. Nur soweit die Leihe, kraft besonderer Abrede oder wegen des besonderen Gebrauches, auch diese umfaßt, kann der Entleiher sie behalten. S. auch l. 38 § 16 D. 22,1; Landrecht I, 21, §§ 238ff.; Mot. S. 449. Die sonstigen Nutzungen darf der Entleiher behalten, soweit sie das sogen. lucrum ex negotiatione perceptum darstellen, das die Sache nicht selbst abwarf, sondern erst die besondere Tätigkeit des Entleihers. Denn für sie stellte der ihm gewährte Gebrauch der Sache nur eine Vorbedingung dar, sie sind nur „occasione rei" erworben. S. darüber näheres bei Petrazycki, Einkommen I S. 62ff. Das „lucrum ex re" ist dagegen mit herauszugeben. Kober-Staudinger Nr. I, 1b stellt alles auf den Einzelfall ab. Dieser ist natürlich zunächst entscheidend; aber soweit er nichts besonderes ergibt, bedarf es der hier entwickelten allgemeinen Gesichtspunkte. Macht der Entleiher von der Sache einen bewußt vertragswidrigen Gebrauch, so kann er unter Umständen darüber hinaus aus dem Gesichtspunkt des § 687 Abs. 2 zur Herausgabe des Erworbenen verpflichtet sein.

4. **Wegen seiner Gegenansprüche** hat der Entleiher ein **Zurückbehaltungsrecht** nach § 273, anders als nach Preußischem und Französischem Recht (s. Mot. S. 449). Die

zum Teil abweichende Bestimmung des § 556 Abs. 2 bei der Miete ist singulär und hier nicht wiederholt.

5. Über die **Einrede des eigenen Eigentums** des Entleihers vgl. das in der Vorbem. 1 b a. E. Gesagte.

6. Wieweit der Entleiher **bei Unmöglichkeit der Herausgabe auf Ersatz** haftet, bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen über Verschulden und Verzug, §§ 276 ff., unter Berücksichtigung des zu §§ 602—3 Gesagten. Der etwaigen Haftung des Entleihers steht auch der Umstand nicht entgegen, daß der Verleiher nicht selbst Eigentümer der Sache war — eine im Preußischen Recht sehr bestrittene Frage, s. die Angaben bei **Meißner** zu § 664 No. 1.

Nicht aufgenommen ist die gemeinrechtliche Bestimmung der l. 5 § 10 D. h. t., wonach der Entleiher nur für grobes Verschulden haftet, wenn das Verhältnis im vorwiegenden Interesse des Verleihers eingegangen war.

7. **Mehrere Entleiher** haften als Gesamtschuldner im Sinne von § 431, da die Herausgabe der Sache als Handlung unteilbar ist.

8. **Der direkte Anspruch des Verleihers gegen den dritten**, dem der Entleiher die Sache überlassen hat, entspricht der analogen Bestimmung bei der Miete, s. § 556 Abs. 3 und die Bem. dazu, namentlich wegen der Konstruktion. Ob das gleiche auch bei der **Verwahrung** gelte, ist zu § 695 zu untersuchen.

Vor Beendigung des Verhältnisses steht dem Entleiher gegen den dritten kein obligatorischer Anspruch zu; das folgt a contrario aus Abs. 3 cit. Ob er ihn aber nicht mit dem dinglichen Anspruch belangen könne, ist zweifelhaft. Ich verneine es: der dritte wird in der Regel, wenn die Ueberlassung befugt geschah, als Zessionar der Rechte des Entleihers anzusehen sein, kann dann also auch dessen Gebrauchsrecht einredeweise für sich geltend machen.

Bei unbefugter Überlassung dagegen kann der Verleiher nach § 605 Abs. 2 sofort kündigen und dann nach § 604 Abs. 3 auch gegen den dritten auf Herausgabe klagen.

§ 605.

Der Verleiher kann die Leihe kündigen:

1. wenn er infolge eines nicht vorhergesehenen Umstandes der verliehenen Sache bedarf;
2. wenn der Entleiher einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache macht, insbesondere unbefugt den Gebrauch einem dritten überläßt, oder die Sache durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet;
3. wenn der Entleiher stirbt.

E. I 557, E. II 545, RB. 598. — Mot. S. 452—3, Prot. II S. 275.

1. **Allgemeines**: Wie bei der Miete, sind auch bei der Leihe Gründe vorzeitiger Beendigung durch Kündigung anerkannt; dabei fällt der Unterschied der sofortigen und der erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist wirkenden Kündigung hier fort, da bei der Leihe keine gesetzlichen Kündigungsfristen angeordnet sind.

Von den drei Gründen des § 605 entsprechen die beiden ersten dem früheren Recht, der zweite auch der Analogie der Miete, s. § 553. Der letzte ist zwar dem früheren Recht meist fremd, wird aber im BGB. bei der Miete gleichfalls anerkannt, § 569. Der weitergehende Satz dieses Paragraphen, wonach auch die Erben des Mieters das Kündigungsrecht haben, ist auf die Leihe nicht ausgedehnt, ebensowenig steht ein Kündigungsrecht den Erben des Verleihers bei dessen Tode zu.

Die Gründe zu 1 und 3 werden sinngemäß auch gegenüber einem bloßen **pactum de commodando** Anwendung finden können.

Über den Begriff der **Kündigung** s. Bem. zu § 136 und Bem. 2 zu § 564.

2. Es entspricht den Erfordernissen von Treu und Glauben, daß nach der Kündigung dem Entleiher noch eine **mäßige Frist zur Erledigung** des zurzeit gerade in Angriff genommenen Gebrauchsaktes gegeben werde. So auch schon das RR., l. 17 § 3 D. 13, 6. Ebenso **de Claparède**, Leistungsverzug S. 75.

3. **Insbesondere zu Nr. 1:** Der Umstand darf bei Überlassung der Sache noch nicht vorhergesehen sein: ob er an sich vorhersehbar war, kommt alsdann im allgemeinen nicht in Betracht, z. B. ich gebrauche das verliehene Buch selbst zu einer Arbeit; ich leihe dem X mein Zimmer während meiner Abwesenheit und muß alsbald wegen Unpäßlichkeit vorzeitig nach Hause zurückkehren.

4. **Zu Nr. 2:** s. das zu §§ 652—3 Bemerkte.

§ 606.

Die Ersatzansprüche des Verleihers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der verliehenen Sache sowie die Ansprüche des Entleihers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in sechs Monaten. Die Vorschriften des § 558 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung.

E. II 546, RV. 599. — Prot. II S. 273—5.

Der Satz entspricht dem § 558 bei der Miete und enthält, wie dieser, eine nachträgliche Neuerung der zweiten Kommission. S. das zu § 558 Bemerkte.

Die sonstigen Ansprüche aus dem Leihverhältnis verjähren in der gewöhnlichen Zeit.

Fünfter Titel.

Darlehen.

Vorbemerkung.

1. **Allgemeines:** Das Darlehen, mutuum, unterscheidet sich vom Leihvertrage, dessen Unterart es logisch ist, dadurch, daß das Eigentum der zum Gebrauch übergebenen Sachen auf den Empfänger übertragen und er nur zur Herausgabe einer entsprechenden Quantität und Qualität, nicht aber des empfangenen Stückes selbst verpflichtet wird. Die hauptsächliche Anwendung findet das Darlehen bei den verbrauchbaren Sachen im Sinne von § 92, also bei Geld, aber auch Getreide, Obst und dergl., bei denen eine Gebrauchsüberlassung unter Wahrung der Substanz unmöglich ist. Aber darüber hinaus kann es nach § 607 auch bei andern vertretbaren Sachen (§ 91) zustandekommen, z. B. Büchern, Stichen, Küchengeräten. Möglich ist bei diesen natürlich auch eine gewöhnliche Leihe; was im konkreten Fall vorliege, ergibt die Auslegung der Parteiabreden, s. auch Bem. zu § 607.

2. Das mutuum war nach Römischem Recht, wie das commodatum, **Realvertrag**; es kam als klagbares Geschäft erst durch die Hingabe der Gegenstände zustande. Das GR. ließ freilich auch schon Verträge über Hingabe und Empfang einer Geldsumme zum Darlehen (pacta de mutuando) klagbar sein, aber nur als **Vorverträge; das eigentliche Darlehen** selbst ist, wie der Leihvertrag, **Realvertrag geblieben**. S. die Bemerkungen zum letzteren in der Vorbem. vor § 598 Nr. 2, die auch hier größtenteils verwendbar sind. Man hat zwar, wie die Kategorie der Realverträge überhaupt, so auch die Qualität des Darlehens als eines solchen vielfach bestritten oder doch daneben ein „konsensuales" Darlehen behauptet, so neuerdings Kohler, ArchBürgR. 2 211, und besonders Lammfromm in der zu § 525 zitierten Schrift, aber angesichts des früher Bemerkten mit Unrecht. S. gegen Lammfromm Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 368, für den realen Charakter im BGB. speziell Cosack § 142 Nr. III, Crome § 247 Nr. 3b, Dernburg § 234, 1, Eck

S. 506, Endemann § 184, Enneccerus S. 662, Schollmeyer S. 88, Kober Staudinger Vorbem. 2. Daß das neue Gesetzbuch dieser Auffassung folgt, bestätig schon der Wortlaut des § 607 („wer . . . als Darlehen empfangen hat"), der nach den Mot. S. 306 geflissentlich gewählt ist, um die Frage für das BGB. zu entscheiden. Im ausgesprochenen Gegensatz dazu wird das pactum de mutuando im § 610 besonders behandelt, s. Bem. dazu.

Anders freilich für das Recht des BGB. Affolter, ArchBürgR. 26 3—4, Schloßmann, Iherings Jahrb. 45 1 ff., 38ff., 71, die den selbständigen Darlehensvorvertrag leugnen und bereits durch das Versprechen ein wirkliches Darlehen zustande kommen lassen. Der Auffassung des Gesetzes entspricht das sicherlich nicht. Daß die Valuta auch indirekt verschafft werden kann (s. Schloßmann S. 44), beweist nichts gegen die herrschende Lehre. Sie behauptet ja keineswegs die Notwendigkeit der realen Hingabe im Sinne einer Vertragsform, sondern nur so, daß sie die spezifische Darlehenspflicht an die materielle Überführung eines entsprechenden Wertquantums in das Vermögen des Empfängers geknüpft sein läßt. Und diese Überführung braucht sich eben nicht durch körperliche Hingabe zu vollziehen.

3. Das Darlehen kommt als solches somit erst durch die **Hingabe** zustande. Wie diese des Näheren beschaffen sein müsse, wird zu § 607 erläutert werden.

4. Das Darlehen erfordert seinem Begriff nach, wenn das auch im Gesetz nicht besonders ausgesprochen wird, eine Hingabe der Valuta zu **Eigentum** oder doch Herstellung desselben wirtschaftlichen Erfolges, z. B. Darlehen mittels Überweisung auf Girokonto (Prot. S. 42), Einzahlung auf das Bankkonto des Empfängers. Wo kein Eigentum verschafft wird, fehlt es an einem genügenden „Empfang als Darlehen", folglich auch an einer Verpflichtung zur Rückgabe.

Anders Neumann zu § 607 Nr. 4, Kober-Staudinger I, 2c: der Empfänger könne sich auf den Rechtsmangel nur unter den Voraussetzungen des § 440 Abs. 2—4 berufen. Aber dort ist nur vom Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung einer Verschaffungspflicht die Rede, während hier weder Ersatzansprüche noch Verschaffungspflichten in Rede stehen. Woher somit die Berechtigung der Analogie? Es fehlt in dem unterstellten Fall doch durchaus an der „res", die die unlösliche Grundlage eines wirksamen Darlehens bildet.

Ob in solchem Fall der Geber dem Empfänger auf anderweite Eigentumsverschaffung sowie auf Schadensersatz hafte, beantwortet sich nicht aus dem — nicht zustandegekommenen — Darlehen, sondern aus dem etwaigen Vorvertrage (§ 610), daneben unter Umständen auch aus dem Rechte der unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff.).

Es ist indes **gleichgültig**, ob die Eigentumsschaffung darauf beruht, daß bereits **der Geber Eigentümer der Valuta war**, oder nur **auf dem guten Glauben des Empfängers** gemäß §§ 932, 935. Das entspricht schon dem Römischen Recht für den Fall, daß der Erwerber das Eigentum der Valuta durch commixtio erlangt hat, s. ll. 13 § 1,19 § 1 h. t. 12,1 („condictio de bene depensis") und ist für das BGB. bei seiner weiteren Begünstigung des gutgläubigen Erwerbes erst recht anzunehmen.

Anders ist es sowohl nach Gemeinem Recht wie BGB. bei schlechtem Glauben des Empfängers. Auch soweit er (nach § 948) Eigentümer der Valuta geworden sein sollte, muß er das Empfangene nach § 951 aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben; für eine Darlehensverpflichtung gegenüber dem Geber bleibt also kein Raum. Übrigens würden derartige Akte in der Regel schon, weil gegen die guten Sitten verstoßend (§ 138), ungültig sein.

5. a) Das Darlehen ist **ein einseitig verpflichtender Vertrag**; der Geber erwirbt nur Rechte, der Empfänger nur Pflichten, s. über deren Inhalt im einzelnen Bem. 3 zu § 607. Es ist zwar vereinzelt behauptet worden (Dernburg, Pand. II § 87 Nr. 2), auch der Geber könne verpflichtet werden, z. B. wegen Hingabe falscher Münzen — aber diese Haftung ist entweder aus unerlaubter Handlung, oder allenfalls aus dem Vorvertrag, nicht aus dem Darlehen selbst begründet. Vollständig abweichend ist die neuerdings von Affolter, ArchBürgR. 26 1ff. entwickelte Auffassung. Beim zinslosen Darlehen ist überhaupt nur der Geber verpflichtet, nämlich zur Uebergabe, nachher zur Belassung der Valuta beim Nehmer. Dagegen sei das verzinsliche Darlehen ein gegenseitiger Vertrag, der den Darleiher zur Über- und Belassung des Kapitals, den Empfänger zur Zinszahlung verpflichte. Das mag wirtschaftlich beachtenswert und auch wohl zutreffend sein — der rechtlichen Beurteilung insbesondere dem BGB., entspricht es sicherlich nicht. Ähnlich wie bei der Leihe, für

die A. folgerecht seine Lehre gleichfalls aufstellt, ja noch deutlicher als bei ihr, erweist sich die „Pflicht" des Darleihers nur als eine Suspension seiner Rückforderungsansprüche. Das wirtschaftliche Ergebnis, dem Entleiher den Genuß des erlangten Kapitalpostens zu sichern, erreicht die Rechtsordnung hier durch diese Suspension auf andere, im Grunde noch einfachere Weise, als es durch Auferlegung einer Pflicht des Gebers geschehen könnte. Das wirtschaftlich Gleichartige aber ist mit nichten ohne weiteres auch das rechtlich Identische.

b) Gläubiger wird der Hingeber, mag er für sich oder durch einen Stellvertreter den Akt vollzogen haben. Wieweit der für einen dritten Handelnde dazu legitimiert sein müsse, bestimmt sich nach den Sätzen des allgemeinen Teils, §§ 164 ff. Die für das GR. auf Grund von l. 9 § 8 h. t. von manchen gelehrte Regel (Windscheid § 313 No. 3 und 6, Schloßmann in Grünhuts Z. 9 505 ff.), daß man auch ohne Vollmacht einem beliebigen dritten durch Hingabe auf seinen Namen ein Darlehen verschaffen könne, ist bestenfalls singulär und dem neuen Rechte fremd.

6. Auch über die **persönliche Fähigkeit der Kontrahenten** gelten die allgemeinen Sätze. Ist also der Geber in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so hängt die Geltung des Aktes von der Genehmigung des Vertreters ab; wird sie nicht erteilt, so ist das Geschäft ungültig und die Valuta kann mit einem Eigentums- oder, wenn beim Empfänger nicht mehr in Natur vorhanden, nach §§ 812 ff. mit einem Bereicherungsanspruch zurückgefordert werden. Dem Römischen Senatusconsultum Macedonianum ist schon dadurch der Boden entzogen, daß es keine großjährigen Hauskinder mehr gibt (§ 1626). Unbekannt sind dem BGB. auch die beschränkte Haftung der Stadtgemeinden aus den Darlehen ihrer Vertreter, nicht minder die landrechtlichen Beschränkungen der Militärpersonen und Schauspieler (I, 11, §§ 676 ff., 703 ff.). S. aber den Vorbehalt des EG. Art. 57 und die dadurch aufrechterhaltenen §§ 676—7 Landrecht I, 11.

Endlich ist über den **Geschäftsirrtum** nichts besonderes bestimmt. Fehlt ein gültiges Rückzahlungsversprechen, so greifen gegebenenfalls die gewöhnlichen Regeln über ungerechtfertigte Bereicherung, §§ 812 ff., durch. Dagegen ist der Fall der berühmten l. 32 D. XII, 1 (condictio Iuventiana), heute wohl anders zu entscheiden, Dernburg § 234 Anm. 1 gegen meine Aufl. 1. Irrtum über die Person des Darleihers kann keinenfalls mehr Nichtigkeit begründen, sondern höchstens gemäß § 119 Anfechtbarkeit. Aber auch diese wird meist um deswillen entfallen, weil ein Irrtum über die Person des Darlehensgebers (anders natürlich über die des Nehmers) in aller Regel kein im Sinne von § 119 Abs. 1 a. E. erheblicher sein wird.

7. Kein Darlehen stellt der im Leben häufige und wichtige **Lohnvorschuß** der Angestellten, insbesondere Arbeiter, dar (s. dazu die Angaben bei Neumann, Jahrbuch 2 311 und oben Bem. zu § 394). Denn die Absicht beider Teile richtet sich dabei keineswegs auf eine Verpflichtung des Empfängers, sondern auf eine Entlohnung für eine von ihm geleistete oder zu leistende Tätigkeit, also die Befreiung des Gebers von einer ihn treffenden, wennschon noch nicht fälligen oder auch erst als künftig entstehend vorgestellten Verpflichtung. Der Arbeitgeber leistet solvendi, nicht credendi causa. Das ist besonders darum wichtig, weil er seine Lohnzahlungspflicht nach § 394 nicht durch Aufrechnung mit dem Darlehensanspruch tilgen könnte.

Wie hier die herrschende Lehre, s. besonders Lotmar, Arbeitsvertrag S. 393—4; Schalhorn, Soziale Praxis 1899 Sp. 798, anders nur Erk. des GewG. Neumünster in GewG. 7 83 ff.

Das Gesagte erfährt auch dadurch keine Einschränkung, daß der Arbeiter — etwa wegen Tod oder Entlassung — nicht in die Lage kommt, den vorgeschossenen Betrag abzuverdienen. Dann haftet er auf Rückgabe, aber nicht etwa mit einem Darlehens-, sondern mit einem Bereicherungsanspruch (condictio causa data causa non secuta).

Natürlich kann der sogenannte „Vorschuß" möglicherweise nur eine diskrete Bezeichnung für eine Darlehnsgewährung sein, auch wenn er an Angestellte erfolgt. Aber dazu bedarf es besonderer dafür sprechender Umstände.

8. S. noch EG. Art. 32, 50, 94, 97—8, 99, 174 ff., wonach eine Anzahl landesrechtlicher mit dem Darlehen in Verbindung stehender Bestimmungen, namentlich über gewisse publizistische darlehnsähnliche Verhältnisse, aufrecht erhalten werden.

9. **Verhältnis zu verwandten Verträgen:**

a) Wegen des sog. irregulären Verwahrungsvertrages s. Bem. 1 zu § 700.

b) Gesellschaftsvertrag. Es kann zweifelhaft sein, ob eine Geldleistung Darlehen oder Einlage auf ein Gesellschaftsverhältnis sei. S. den belehrenden Fall des RG. ZS. VII, 11. III. 1904, 57 Nr. 40 S. 175 ff.; Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte

S. 374 ff. und die dort S. 380 Anm. 11 aufgeführten Erkenntnisse. Trotz der Bezeichnung als „Gesellschaftseinlage“ und Ausmachung eines Gewinnanteiles kann möglicherweise ein Darlehen beabsichtigt sein, das hier „partiarisch“ ist, d. h. dem Geber einen Anteil am Gewinn des Unternehmers zusichert, aber „nicht den geringsten Einfluß auf den Geschäftsbetrieb, auch nicht das Recht auf Einsicht der Bücher“. Es kommt bei der Abgrenzung allgemein darauf an, ob ein spezifischer auf ein Gesellschaftsverhältnis gerichteter Wille vorhanden ist, oder die Zwecke der beiden Parteien besondere, egoistische bleiben (Crome S. 376 ff.).

c) Wegen der Lohnvorschüsse s. oben Nr. 7.

§ 607.

Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten.

Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden sollen.

E. I 453, 455, E. II 547, RV. 600. — Mot. S. 305—12, Prot. II S. 42, 43.

Literatur: Manigk, Anwendungsgebiet der Rechtsgeschäfte, 1901, S. 194 ff.

S. die Vorbemerkung. Hier ist noch näher auf folgende Punkte einzugehen:

1. Die vertretbaren Sachen müssen gegeben sein **als Darlehen.** Daß dieser Ausdruck gebraucht sei, ist natürlich unnötig (z. B. Hingabe als „Vorschuß“, s. dazu indes Vorbem. 7, „auf Kredit“ usw.); es kommt darauf an, daß die Leistung erkennbar der Realisierung des spezifischen Darlehnszweckes dienen soll. Ist das nicht der Fall, so kann auch der etwa gewählte Ausdruck „Darlehen“ das nicht ausgleichen, s. RG. 31 Nr. 7 S. 34. Die Hingabe muß also erfolgt sein, um dem Empfänger den Gebrauch zu verschaffen, also vorwiegend seinetwegen, im Gegensatz zum Verwahrungsvertrag, s. Bem. zu § 700. Es muß ferner bei Hingabe nicht verbrauchbarer Sachen — bei verbrauchbaren ergibt sich eine solche Absicht als mit der Gebrauchsüberlassung untrennbar verbunden in der Regel aus dieser von selbst — die Absicht feststehen, dem Erwerber das Eigentum zu übertragen und ihn nur zur Erstattung eines entsprechenden Quantums zu verpflichten. Fehlt das eine oder andere Moment, so liegt nur eine gewöhnliche oder eine fiduziarische Leihe vor.

2. **Formen der Hingabe:** Als einfachste und nächstliegende Form erscheint die, daß dem Entleiher die Valuta direkt ausgehändigt wird; aber das ist nicht unumgänglich:

a) schon nach GR. kann das Darlehen — als sogen. „contractus mohatrae“ — dadurch zustande kommen, daß dem Empfänger **Waren zum Verkauf** gegeben werden, damit er den Preis als Darlehen behalte, 11. 4 pr., 11 pr. D. h. t. Ein Darlehen entsteht in diesem Falle noch nicht durch den Abschluß des Kaufes mit dem dritten, sondern in der Regel erst mit Übergabe des Erlöses an den Empfänger, vorher fehlt es an einem „Empfang“ (a. A. Planck Nr. 1b; wie hier Kober-Staudinger II 3a). Doch kann wohl auch das Gegenteil vereinbart werden.

Einer besonderen Bestimmung bedurfte es für diesen Fall nicht, s. Mot. S. 308. Daß dabei insbesondere die Gefahr noch nicht auf den Empfänger übergeht, folgt aus dem Schweigen des Gesetzes wie der Erwägung, daß man in der Verkaufsermächtigung einen auftragsähnlichen Vorgang zu sehen hat, für den eine so scharfe Haftung prinzipwidrig wäre. So auch Planck Nr. 1c; Kober-Staudinger II 3b. Anders Matthiaß S. 578: Der Empfänger trage die Gefahr, soweit die Übergabe nur in seinem Interesse vollzogen sei. Aber es ist nicht erweislich, wieso der Grundsatz casum sentit dominus hier verlassen sein soll. Auch die im Punkte des Interesses gleichartige Leihe lädt dem Empfänger doch nicht die Gefahr auf. Wie bei ihr, ist der Empfänger auch in unserem Fall noch Speziesschuldner. Ja, er ist das selbst dann, wenn das Eigentum — ausnahmsweise — auf ihn schon übergegangen sein sollte; selbst in diesem Fall erscheint er nach § 275 für zufälligen Untergang der Sache nicht verantwortlich (s. Enneccerus S. 663).

b) ebenso ist die Hingabe der Valuta in der Weise möglich, daß dem Schuldner gestattet wird, **das aus einer andern causa Geschuldete als Darlehen zu behalten.** Das ist in Einklang mit dem geltenden Recht (s. l. 15 h. t., v. Schey, Obligationsverhältnisse S. 84; SächsGB. § 1071) durch Abs. 2 besonders ausgesprochen. S. darüber ausführlich Planck Nr. 5; Klemperer bei Gruchot 43 567 ff.; Manigk aaO.; M. Rümelin, ArchZivPrax. 97 258, 309 ff.

Dabei ergeben sich verschiedene Zweifelspunkte:

α) Ob durch das Leistungsversprechen ex antecedente causa eine wirkliche Darlehensschuld begründet werde, läßt sich schwerlich für alle Fälle gleichmäßig beantworten. Vielfach wird die Absicht der Parteien dahin gehen, daß das bisherige Schuldverhältnis nicht vollständig aufgehoben, sondern nur „nach Darlehensgrundsätzen behandelt werden soll" (Rümelin S. 258; Planck aaO.), z. B. wegen der Zinsen, Kündigungsfristen usw. Alsdann bleiben die etwaigen Bürgen, Pfänder usw. verhaftet; der Gläubiger muß nötigenfalls den Bestand des früheren Schuldverhältnisses beweisen, wobei er sich auf den Abänderungsvertrag lediglich im Sinne eines Beweismittels (außergerichtlichen Geständnisses) berufen kann.

Aber diese Bedeutung des Abänderungsvertrages ist nicht die einzige (anders Enneccerus S. 663); sie ist nicht einmal die nächstliegende und somit im Zweifel zu unterstellende (so richtig Rümelin S. 258; s. auch schon Bähr, Anerkennung Aufl. 2 S. 279).

Vielmehr wird die Parteiabsicht meist dahin gehen, an Stelle der aufzuhebenden alten eine Schuld völlig neu zu begründen. Für diese Möglichkeit außer den Genannten auch Crome § 248, II; Dernburg § 234, IV; Matthiaß S. 579; Klemperer aaO. Sie ergibt sich für das BGB. schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, indem der ganze Abs. 2 inhaltlos und mißverständlich wäre, wenn die dort ausdrücklich als solche anerkannte Umänderungsabrede in Wahrheit gar nicht diese Bedeutung haben könnte.

β) Aber auch hierbei erheben sich Zweifel: Es fragt sich, ob der Umwandelungsvertrag lediglich novatorisch wirkt, d. h. das alte kausale Schuldverhältnis in ein neues abstraktes umwandelt, oder ob der alte Schuldgrund positiv in den neuen Schuldgrund des Darlehens umgewandelt, eine kausale Darlehensobligation begründet wird. Für die erste und gegen die zweite Auffassung früher Bähr aaO. („in ein wirkliches Darlehen kann eine bestehende Schuld so wenig verwandelt werden, als in irgend eine andere Schuld"); neuerdings Rümelin aaO., der daraus folgert, daß das neue „Darlehensversprechen", weil in Wahrheit ein abstraktes Schuldversprechen, der Schriftform nach §§ 780/1 unterworfen sei. Ebenso Planck aaO. Abs. 2, auch wohl Crome Anm. 20, während Dernburg den hier dargelegten Unterschied verwischt: es könne an Stelle der alten eine Darlehensschuld gesetzt, also (!) eine Novation hergestellt werden.

M. E. ist auf den Umwandelungsvertrag die Form der §§ 780/1 unanwendbar. Enthielte er nichts als ein abstraktes Schuldanerkenntnis, so wäre die ganze Vorschrift in Abs. 2 überflüssig. Und das kann man dem BGB. nur als ultimum refugium zumuten. Jene Ansicht verstößt aber auch direkt gegen den Wortlaut des Abs. 2, der mit dürren Worten die Vereinbarung wirksam sein läßt, es solle das Geld usw. fortan als Darlehen geschuldet werden. Nun setzt allerdings diese sozusagen materielle Schuldumwandelung den Bestand der alten Schuld in demselben Sinne voraus, wie die gewöhnliche Darlehensbegründung die Hingabe der Valuta; ihn hat also der Gläubiger — auch l. 15 cit. operiert damit —, wie sonst diese, zu beweisen. Der Akt ist also in der Tat, wie schon früher öfters vorgeschlagen, aus einer fingierten duplex numeratio zu erklären. Er ähnelt freilich praktisch dem oben zu α geschilderten Umwandelungsakt im Sinne von Enneccerus, unterscheidet sich aber von ihm dadurch, daß die alte Schuld mit ihren Akzessionen beseitigt und durch die neue ersetzt wird. Wie hier Schollmeyer S. 88; Klemperer aaO.; Siber, Rechtszwang S. 60, Kompensation S. 135 ff. S. wegen der (schwankenden) Praxis Neumann III S. 242—3.

Wollen die Parteien die Existenz der neuen von der alten Schuld unabhängig sein lassen, so bleibt ihnen nur die Wahl einer abstrakten Schuldanerkennung, die aber eben nicht eine Schuldumwandelung im Sinne von § 607 Abs. 2 darstellt, mögen sie auch das Wort „Darlehen", das als solches für den Rechtscharakter des Aktes natürlich nicht entscheidet, gebraucht haben. Sie mögen prüfen, ob die Formfreiheit des Umwandelungsvertrages nicht mit der Abhängigkeit der neuen Schuld von dem Bestande der alten zu teuer erkauft werde.

c) Endlich können auch andere Objekte **unter einer Schätzung** hingegeben werden, damit der Empfänger **die Summe als Darlehen behalte**, l. 8 C. IV, 2. Die Gültigkeit ergibt sich im Grunde schon aus dem zu b) Bemerkten: man kann annehmen, der Empfänger werde hier zunächst Schuldner aus einem Kaufe und vereinbare zugleich, daß diese soeben begründete Schuld aufgehoben und durch eine Darlehensschuld ersetzt werde. Daher ist auch nach dem BGB. trotz Fehlens besonderer Bestimmung solche Abrede für statthaft zu erachten; gegen die naheliegende Möglichkeit wucherischer Ausbeutung schützt § 138.

Das gilt auch, wenn im Vorvertrage bares Geld versprochen worden ist und nun Waren gegeben werden gegen das Versprechen der Rückgabe in Geld; das landrechtliche Verbotsgesetz in I, 11, §§ 765—7 ist dem BGB. fremd, Mot. S. 308—9.

Unbekannt ist ihm auch eine besondere Bestimmung über den Fall, daß die Valuta **in Wertpapieren** gegeben wird, s. über die bisherige Sonderregelung desselben Mot. S. 309.

d) Immerhin ist das in barem Gelde bestehende Darlehen so sehr die Regel, daß das Versprechen einer Darlehensgewährung im Zweifel als auf ein solches gerichtet auszulegen ist. Behauptet demgegenüber der Versprechende, es sei die Verwandelung einer anderen Schuld des Gegners in ein Darlehen vereinbart, so ist er dafür beweispflichtig, RG. 56 Nr. 60 S. 236.

3. **Verpflichtung des Empfängers:**

a) Der Empfänger hat nicht dieselbe Sache zurückzugeben, sondern nur tantundem eiusdem generis: „in gleicher Art, Güte und Menge". Daß bei Gelddarlehen mangels besonderer Abrede (s. § 245) nicht gerade nur in der empfangenen, sondern in jeder Art von Währungsmünze zurückgezahlt werden kann, folgt aus dem Begriff der Währung.

Darlehen in Inhaberpapieren oder ausländischem Geld sind als solche nicht Gelddarlehen, sondern entweder Darlehen der in Frage stehenden vertretbaren Sachen, oder aber sie stellen Darlehen vor auf denjenigen Geldbetrag, der zunächst als Preis der gegebenen Werte ausdrücklich oder durch erkennbare Bezugnahme auf den Kurs festgestellt und dann dem Empfänger leihweise belassen wird (oben Nr. 2 c). Die letztere Art wird als die dem Verkehr nächstliegende im Zweifel als beabsichtigt anzunehmen sein, s. R. Koch, Geld und Wertpapiere im Entwurf S. 30. Auch ersterenfalls wird man meist unterstellen dürfen, daß nach Einziehung der Papiere von der fraglichen Art wenigstens **eventuell** der wahre Geldwert an ihre Stelle als Gegenstand der Leistung treten soll.

Wird dem Schuldner gestattet, nach seiner Wahl an Stelle der empfangenen Stücke solche einer anderen Art zurückzugeben (z. B. statt Getreide Geld), so dürfte es sich meist um einen Zusatzvertrag zum Darlehen handeln, der dem Schuldner eine entsprechende facultas alternativa verleiht, Planck Nr. 4.

b) ob dem Entleiher die gegebenen Stücke durch Zufall zu Grunde gehen, macht keinen Unterschied, da er nicht auf sie speziell, sondern gattungsmäßig haftete, s. § 279. Fraglich ist aber, ob der **Gefahrübergang** in diesem Sinn erst mit der vollendeten Übergabe, oder schon mit der Absendung an den Empfänger eintritt. Für letzteres Cosack § 142, IV, 3 a, wegen der Analogie des Kaufes und der mutmaßlichen Parteiabsicht. Ich bin anderer Ansicht, schon weil das Zustandekommen des Darlehens nach dem unwiderleglichen Wortlaut des § 607 den vollzogenen Empfang der Valuta voraussetzt, s. Vorbem. Nr. 2.

Übrigens muß auch Cosack für den weitaus wichtigsten Fall des Gelddarlehens eine Ausnahme zugeben (wegen § 270). Diese Unterscheidung kann nach der hier vertretenen Theorie des Realvertrages nur für den Vorvertrag (pactum de mutuo dando) in Betracht kommen. Insoweit ist Cosack freilich beizutreten. Nur für das Gebiet des Vorvertrages erhebt sich auch die Frage nach der Bedeutung des Annahmeverzuges für die Gefahrtragung; sie bestimmt sich hier gemäß § 300 Abs. 2.

c) auf **Zuschläge**, namentlich auf **Zinsen**, geht die Verpflichtung im allgemeinen **nicht**, mangels besonderer Abrede, s. § 608.

Statt der Zinsen kann auch ein fester Zuschlag zur Kapitalsumme als Vergütung ausgemacht werden, soweit darin kein Wucher zu finden ist. Anders das frühere Preußische Recht, s. Dernburg, Privatrecht II § 178.

d) gegen den Darlehensanspruch kann sich **der Beklagte verteidigen** mit allen ihm nach allgemeinen Regeln zustehenden Einwendungen; insbesondere auch durch den Nachweis, nicht Eigentümer der Valuta geworden zu sein.

Die römische exceptio non numeratae pecuniae war schon durch das EG. zur ZPO. § 17 beseitigt.

4. **Beweis**: Daß das Darlehen zustande gekommen sei, insbesondere also auch, daß der Schuldner die Valuta „empfangen" habe, muß der angebliche Gläubiger beweisen; dahin gehört bei der Abrede des Abs. 2 an sich auch der Nachweis, daß die umzuwandelnde Schuld wirklich bestanden habe: denn im Freiwerden von ihr liegt hier der „Empfang"; jedoch wird im Zweifel im Umwandelungsvertrage zugleich ein die Beweislast umkehrendes Geständnis des Bestandes der alten Schuld zu finden sein.

Der Beweis der bar oder durch Schuldumwandelung geleisteten Valuta wird besonders häufig durch Schuldschein geführt, der, anders als in Rom, in seiner Beweiskraft nicht beschränkt ist (s. auch RG. 56 Nr. 60 S. 235). Zweifelhaft ist nur — wie im ähnlichen Fall der Quittung, s. oben Bem. zu § 368 — die Behandlung des zugestandener oder erwiesenermaßen vor Auszahlung der Valuta gegebenen Schuldscheines. OLG. Hamburg vom 6. XI. 1903, Seuffert 59 Nr. 122 S. 224, legt auch hier dem Aussteller den Gegenbeweis auf, mit der allerdings anfechtbaren Begründung, der Schein sei nicht bloß Beweisurkunde, sondern selbständige Verpflichtungserklärung; der Beklagte müsse daher nicht nur nachweisen, daß kein Darlehn gegeben, sondern auch, aus welchen Gründen er trotz Nichtauszahlung des Darlehens zur Ausstellung des Schuldscheins geschritten sei. M. E. ist eine so weitgehende Absicht bei Ausstellung eines Darlehensschuldscheines nicht zu unterstellen, vielmehr dürfte das aaO. über den Beweis bei der antezipierten Quittung Gesagte entsprechend auch hier gelten.

Soweit der als solcher bezeichnete Umwandelungsvertrag in Wahrheit ein abstraktes Anerkenntnis darstellt — nach dem zu 2 b Gesagten grundsätzlich nur bei Wahrung der Schriftform wirksam —, kommen die Mängel der alten Schuld überhaupt nicht mehr in Betracht.

Seine Einwendungen gegen den Darlehensanspruch hat natürlich der Beklagte zu beweisen (oben Nr. 3 d).

§ 608.

Sind für ein Darlehen Zinsen bedungen, so sind sie, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, nach dem Ablaufe je eines Jahres und, wenn das Darlehen vor dem Ablauf eines Jahres zurückzuerstatten ist, bei der Rückerstattung zu entrichten.

E. I 456, E. II 548[a], RB. 601. — Mot. S. 312—3, Prot. II S. 43, VI S. 187.

Darlehenszinsen werden nach dem geltenden Recht nicht von selbst geschuldet, sondern nur kraft besonderer Abrede, die in Rom sogar der Stipulationsform bedurfte, s. ferner Landrecht I, 11, §§ 824, 855, Code Art. 1905, Sächs. GB. § 1078.

Dem folgt das BGB., ohne auch nur besondere Vermutungen für eine Zinspflicht auszusprechen. Sowohl Höhe der Zinsen wie Zahlungsziel sind der Vereinbarung überlassen; jedoch ist gemäß § 246 jene mangels anderweiter Festsetzung als mit 4 % jährlich vereinbart zu vermuten. Außerdem sind natürlich die Bestimmungen der §§ 247—8 zu beachten, und nach § 138 darf die Zinsabrede keinen wucherischen Charakter haben.

Mangels einer Zinsabrede sind nur nach den allgemeinen Regeln vom Verzug oder Prozeßbeginn ab Zinsen zu zahlen.

Ueber die Berechnung der Frist s. §§ 186 ff. — Wegen der Verjährung s. § 197.

§ 609.

Ist für die Rückerstattung eines Darlehens eine Zeit nicht bestimmt, so hängt die Fälligkeit davon ab, daß der Gläubiger oder der Schuldner kündigt.

Die Kündigungsfrist beträgt bei Darlehen von mehr als dreihundert Mark drei Monate, bei Darlehen von geringerem Betrag einen Monat.

Sind Zinsen nicht bedungen, so ist der Schuldner auch ohne Kündigung zur Rückerstattung berechtigt

E. I 457, E. II 549, RB. 602. — Mot. S. 313—4, Prot. II S. 43—6.

Literatur: Thiele, ArchZivPrax. 89 85 ff., Schneider, Recht 04 572 ff.

1. **Allgemeines:** a) Daß das Darlehen, dessen Dauer nicht schon vertragsmäßig festgelegt ist, nicht sofort, sondern erst nach Ablauf einer Kündigungsfrist zurückgefordert werden kann, ist im Gegensatz zum römischen Recht in fast allen neueren Gesetzgebungen bestimmt. So hatte das Landrecht (I, 11, §§ 761 ff.) eine Frist von vier Wochen oder drei Monaten, je nachdem die Summe bis zu 50 Talern oder darüber betrug. Der Code Art. 1900—1 verlangte den Ablauf einer angemessenen Frist, deren Dauer der Richter bestimmt, ähnlich im Ergebnis SächsGB. § 1077.

Die Festhaltung einer Kündigungsfrist entspricht den gebieterischen Erfordernissen des modernen sozialen Lebens und ist daher nunmehr im BGB. aufgenommen. Auch ihre Abstufung nach dem Betrage des Darlehens, im Preußischen Rechte bereits erprobt, erscheint zivilpolitisch durchaus angemessen.

Auch die Fristen von einem und drei Monaten sind im großen und ganzen denen des Preußischen Rechts nachgebildet; die Verdoppelung der kritischen Summe rechtfertigt sich aus der verringerten Kaufkraft des Geldes.

b) Im Gegensatz zur allgemeinen Regel des § 271, aber im Einverständnis mit dem Landrecht und dem praktischen Bedürfnis entsprechend wirkt die Fälligkeitsfrist hier **nicht nur zu Gunsten des Schuldners, sondern auch des Gläubigers.** Anders ist es nur nach Abs. 3 bei unverzinslichen Darlehen.

Das ist freilich an sich nur für den Fall eines auf **unbestimmte** Zeit gegebenen Darlehens bestimmt. Es fragt sich, ob es für Darlehen auf bestimmte Zeit bei der dem Schuldner vorzeitige Rückgabe gestattenden Regel des § 271 Abs. 2 sein Bewenden haben soll? An sich gilt sie auch für das Darlehen, doch wird hier für die allermeisten Fälle ein entgegenstehender Wille der Parteien entweder ausgesprochen oder aus den Umständen zu entnehmen sein. Möglicherweise kann man auch so argumentieren: wenn Abs. 1 nur mangels Bestimmung der Fälligkeit im Vertrage diese durch Kündigung bestimmt werden läßt, erklärt er damit mittelbar, daß es für die anderen Fälle bei der im Vertrage ausgemachten Fälligkeitszeit verbleibe.

c) Ein Recht, das auf bestimmte längere Zeit gegebene Darlehen unter gewissen Voraussetzungen **vorzeitig** zurückzufordern, ist dem Gläubiger von Gesetzeswegen nicht gewährt. Weder wegen Vermögensverschlechterung des Empfängers — anders als beim Darlehensvorvertrag, § 610 — noch wegen unpünktlicher Zahlung einer oder mehrerer Zinsraten — letzterenfalls anders als bei der Miete, § 554 — gewinnt der Geber ein vorzeitiges Kündigungsrecht. Eine analoge Anwendung des § 554 auf das Darlehen erscheint bei seinem besonderen Charakter mindestens als bedenklich. Anders Affolter, ArchBürgR. 26 1 ff., vom Standpunkt des gegenseitigen Darlehensvertrages aus, gemäß § 326. Die Folgerung fällt mit der Prämisse, s. Vorbem. 5.

Häufig wird aber derartiges besonders vereinbart, sei es, daß bei unpünktlicher Zinszahlung die Kündigungsbefugnis eintrete, oder daß sie umgekehrt bei pünktlicher Zahlung ausgeschlossen sein soll. Die verschiedene Fassung derartiger Abreden hat, wenn überhaupt, nur für die Beweislast Bedeutung. Ob dabei eine vorgängige Kündigung für den Fall, daß die Zinsen nicht rechtzeitig gezahlt werden, wirksam sei, ist zweifelhaft. Dagegen OLG. Dresden bei Seuffert 59 Nr. 55 S. 95. Wohl mit Recht: das Kündigungsrecht entsteht dabei erst durch die unpünktliche Zinszahlung, ein noch nicht vorhandenes aber kann auch noch nicht ausgeübt werden. Wollte man das dem Gläubiger in omnem eventum gestatten, so müßte, wie das angeführte Erkenntnis treffend bemerkt, die Kündigung für alle künftigen Zinstermine wirken, mindestens auch in diesem allgemeinen Sinn wirksam erklärt werden können. Und damit wäre die bloße Kündigungsklausel einseitig in eine viel schärfere Verfallklausel verwandelt, eine Wirksamkeit, die man dem einseitigen Willensakt eines Beteiligten wenigstens im Zweifel nicht zubilligen darf. Aus der möglichen Klage auf künftige Leistung (unten Nr. 3) läßt sich ein Schluß auf eine Kündigung der hier erörterten Art natürlich nicht ziehen.

d) **Kann die Kündbarkeit ganz ausgeschlossen werden?** Für den Gläubiger wohl; das entspricht bei durch Ausgabe von Inhaberpapieren aufgenommenen Darlehen

einer vielfachen Übung des Verkehrs (Planck Nr. 5), dürfte auch mit der ähnlichen im BGB. anerkannten Erscheinung der Rentenschuld (§ 1199) harmonieren.

Daß dagegen die Kündigung **für den Schuldner nicht wirksam** ausgeschlossen werden kann, ist einmal mit Planck daraus zu folgern, daß ein solcher Ausschluß die Freiheit des Schuldners in einer gegen § 138 verstoßenden Weise beeinträchtigen möchte. Es dürfte aber auch zum andern schon nach der Analogie der §§ 567, 624, 1202 Abs. 2 anzunehmen sein. Und zwar nehme ich danach eine Zulässigkeit der Unkündbarkeitsklausel bis zur Höchstdauer von 30 Jahren an, wie es das BGB. bei den in gewisser Weise ähnlichen Verhältnissen der Miete und Rentenschuld ausdrücklich bestimmt hat.

e) Über den Begriff der Kündigung s. Bem. 2 zu § 564; über die Berechnung der Kündigungsfristen s. §§ 186 ff.

2. Über den **Ort der Rückerstattung, die Pflicht des Gläubigers zur Rückgabe des Schuldscheines, zur Quittierung** gelten die allgemeinen Regeln, s. §§ 269—70, 368, 371. Jedoch wird man im Zweifel anzunehmen haben, daß das Geschuldete über die Bestimmung des § 270 hinaus auch hier wie bei der Leihe (s. Bem. 2 zu § 604) nach der zu unterstellenden Parteiabsicht dem Gläubiger an den „Standort" zur Zeit der Gewährung des Darlehens zurückzugewähren sei. Dies vor allem bei unverzinslichen Darlehen; aber auch bei verzinslichen ist wohl dasselbe anzunehmen, denn auch sie werden vorzugsweise im Interesse des Schuldners gegeben. S. Reatz, Gutachten aus dem Anwaltstande S. 548—9.

3. Zulässig ist nach dem neuen § 257 ZPO. eine **Klage auf künftige Leistung** nach Ablauf der Kündigungsfrist.

4. **Beweislast:** Ist eine längere Rückgabefrist oder eine dem § 609 zuwiderlaufende besondere Kündigungsfrist behauptet, so muß derjenige die Vereinbarung und ihren Inhalt beweisen, der sich darauf beruft. So für Gemeines Recht OLG. Hamburg bei Seuffert 55 Nr. 134 S. 270, für Landrecht RG. 1 Nr. 136 S. 383, für das BGB. RG. ZS. VI vom 28. 1. 1904, 57 Nr. 11 S. 46, DJZ. 04 405. Denn die Rückgabepflicht wird durch die Darlehenshingabe begründet; der Kläger hat, wenn er diese erwiesen hat, einen Tatbestand erwiesen, der zur Herbeiführung einer nach § 609 wirkenden Kündigung geeignet ist (Mindesttatbestand). Erst der Nachweis einer anderweiten Vereinbarung kann diese übrigens ohne weiteres eintretende Kündbarkeit hintanhalten. Auch liegt in der Berufung des Gegners auf eine solche Vereinbarung keineswegs ein Leugnen des Klagegrundes.

Wie hier die meisten Schriftsteller, so Crome § 249 Anm. 10, Dernburg § 235 Anm. 4, Kober-Staudinger Nr. 12, Planck zu § 609 Nr. 4, Betzinger, Beweislast Aufl. 2 S. 164. Anders freilich Stölzel, Schulung I S. 159 ff. in beachtenswerter, auf seine bekannte Beweislastlehre gestützter Darstellung, sowie jetzt, in ausführlicher Polemik gegen das RG., ZZP. 35 1 ff. Dort auch weitere Angaben über die Entwicklung der Lehre und Rechtsprechung. Ebenso Leonhard, Beweislast S. 289, 397, sowie — mit der denkbar fadenscheinigsten Begründung — Scherer Nr. 5.

§ 610.

Wer die Hingabe eines Darlehens verspricht, kann im Zweifel das Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird.

E. I 458, E. II 550, RB. 603. — Mot. S. 314—6, Prot. II S. 47—50.

1. **Allgemeines:** Über den Unterschied des Darlehensvorvertrages (-versprechens), pactum de mutuando, vom Realvertrag des Darlehns ist in der Vorbem. gehandelt worden. Das Gesetz enthält sich allgemeiner Bestimmungen über diesen Vorvertrag. Er kann sein

a) pactum de mutuo dando, wenn die Hingabe,

b) p. d. m. accipiendo, wenn die Empfangnahme einer Summe als Darlehen versprochen ist. Ob das eine oder das andere, oder, was natürlich möglich, eine Kombination beider vorliege, ergibt die Auslegung des besonderen Parteiaktes;

dabei wird auch die Frage der mangelnden oder vorhandenen Verzinslichkeit eine Rolle spielen.

Zu a: Aus dem ersteren Vertrage haftet der Versprechende auf Auszahlung der Valuta, und zwar mangels besonderer Abrede in Geld, event. auf Schadensersatz nach den allgemeinen Regeln. Insbesondere haftet er auch, wenn er durch Hingabe falscher, außer Kurs gesetzter oder sonst nicht vollwertiger Stücke seine Leistungspflicht verletzt.

Zu b: Aus dem Versprechen, ein Darlehen zu entnehmen, wird nach BGB. gleichfalls zunächst auf Erfüllung geklagt werden können. Die herrschende Ansicht des Preußischen Rechts (s. Dernburg Privatrecht II § 179 No. 7) leugnet zwar einen derartigen Anspruch und läßt nur einen solchen auf Schadensersatz zu, aber das hat für das BGB. keine Beweiskraft. Eine andere Frage ist, ob der Promissar berechtigt sei, bei Erfüllungsweigerung des Gegners sofort auf Ersatz zu klagen, oder ob das nur unter den allgemeinen Voraussetzungen der §§ 283, 286 angehe. An sich ist das letztere richtig, es wird aber in sehr vielen, wohl den meisten Fällen die Aufdrängung eines Darlehens an einen widerwilligen, säumigen Empfänger für den Geber kein Interesse bieten, sodaß ihm nach § 286 Abs. 2 das Recht auf Schadensersatz zusteht.

2. a) § 610 enthält eine Sonderbestimmung für die Abrede zu 1a (pactum de mutuo dando), die sich als Anwendungsfall der sogen. **clausula rebus sic stantibus** charakterisiert, wie sie im früheren Gemeinden Recht als allgemeines Rechtsinstitut vielfach vertreten (s. neuestens L. Pfaff in den Wiener Festgaben für Unger, 1898, Fritze, ArchBürgR. 17 20ff.) und in das Landrecht übernommen wurde (I, 11, § 656). Im BGB. findet sie sich außer im § 610 nirgends im vollen Umfange verwertet, auch die Vorschrift des § 321, obwohl damit verwandt, geht doch minder weit, indem dort nur die Vorleistungspflicht modifiziert, nicht aber ein Rücktrittsrecht gewährt wird. Um so weniger kann man aus den §§ 321, 610 einen allgemeinen Grundsatz entnehmen. Das hindert natürlich nicht, daß in andern Fällen eine derartige Klausel ausdrücklich vereinbart oder als stillschweigend vereinbart unterstellt werden kann, RG. ZS. VI vom 6. XI. 1902, DJZ. **03** 82: bei auf Festhaltung an Mindestpreisen gerichteten Kartellverträgen ist im Zweifel davon auszugehen, daß der Einzelne sich nur insoweit habe binden wollen, „als die Erreichung des gewollten Zwecks nicht nach verständiger Beurteilung der Sachlage von den anderen Beteiligten unmöglich gemacht wird". S. auch, besonders über die Frage einer Anwendbarkeit des Voraussetzungsbegriffs auf die entsprechenden Fälle, Silberschmidt, Bl. f. RA. **67** 149ff.

Übrigens bedeutet auch § 610 nur eine teilweise Anerkennung der Klausel; eine die Hingabe für ihn nachteilig machende Beeinträchtigung der eigenen Verhältnisse des Versprechenden kommt nicht in Betracht.

b) Nach § 610 kann der die Hingabe eines Darlehens Versprechende **das Versprechen widerrufen**, „wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird".

Daraus ergibt sich:

α) es muß eine wesentliche **Verschlechterung** eintreten, d. h. gegenüber der Zeit beim Abschluß des Vorvertrages. Ist die Lage schon damals schlecht gewesen, so begründet das auf Grund von § 610 keine Einrede, auch nicht bei Unkenntnis des Versprechenden; wohl aber kann unter Umständen eine Anfechtung des Abkommens wegen Irrtums oder Betruges nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen (§§ 119ff.) begründet sein.

Andererseits ist der Eintritt einer völligen **Zahlungsunfähigkeit** nicht nötig; es genügt der Nachweis großer geschäftlicher Verluste oder eines sonstigen bedeutenden Rückganges in der Gesamtlage des Versprechensempfängers.

β) Es muß dadurch die Realisierung des Erstattungsanspruches **gefährdet** werden, sei es ganz, sei es auch nur teilweise.

Soweit das nicht der Fall, ist das Recht aus § 610 nicht begründet, selbst trotz eingetretener Verschlechterung der Lage (z. B. der Anspruch ist durch gute Pfänder oder Bürgen gesichert).

Wie aber, wenn der Promissar bei oder nach Eintritt der Vermögensverschlechterung eine Sicherheit erst neu anbietet? Daß der Promittent sie nach Treu und Glauben

im allgemeinen nicht ablehnen dürfe und dadurch somit seines Widerrufsrechtes verlustig gehe, behauptet Regelsberger, Iherings Jahrb. **40** 481. Wohl mit Recht. Man kann dazu vielleicht auch die Analogie des § 321 verwerten, jedenfalls aber anführen, daß die angebotene Sicherheit eine Gefährdung des Rückerstattungsanspruchs und damit die Anwendbarkeit des § 610 hintanhält. Nimmt aber der Promittent die gebotene nicht an, so hat er und nicht die Vermögenslage des Gegners die Gefährdung herbeigeführt.

3. Der **Widerruf** aus § 610 ist eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung nach § 130ff.; er kann sich auch im Prozeß vollziehen als Einwendung gegen den Anspruch auf Hingabe der Valuta; jedenfalls begründet er eine rechtsvernichtende Tatsache, deren Voraussetzungen also vom Beklagten bewiesen werden müssen.

Seiner rechtlichen Natur nach dürfte der Widerruf nichts als ein gesetzliches Rücktrittsrecht darstellen. Denn er bewirkt die Beseitigung des abgegebenen Versprechens und damit der darin übernommenen Pflicht. Daß sie nur ex nunc erlösche, ist nicht erweislich: anders als bei der Miete, stehen hier keine Dauer-, sondern einmalige Leistungen in Frage, so daß der Grund, der die vorzeitige Kündigung bei jener vom Rücktritt abhebt, hier wegfällt. Die Bemängelung dieser Anschauung durch das RG. JS. V 7. VI. 1902, Bd. 52 Nr. 2 S. 10—11 leuchtet nicht ein.

4. Der § 610 gibt nur eine **Auslegungsregel** („im Zweifel"); eine abweichende Absicht der Parteien kann ausdrücklich oder, nach Maßgabe der allgemeinen Regeln, selbst stillschweigend vereinbart werden.

5. Daneben ist der § 321 auf das Darlehen nicht anwendbar, weil weder dieses noch der Vorvertrag einen gegenseitigen Vertrag darstellt, s. Planck Nr. 1.

6. Ist der Anspruch aus dem Vorvertrage **abtretbar?** Im allgemeinen nicht, s. die Bemerkung 1a zu § 399 mit Literatur- und Judikaturangaben. Doch kann das Gegenteil ausgemacht sein.

Auch bei Nichtabtretbarkeit des Anspruches selbst kann der Geber berechtigt oder sogar verpflichtet sein, auf Anweisung des Versprechensempfängers die Valuta einem dritten auszuzahlen: aber das ist rechtlich eine Leistung an jenen, die ihn, nicht den dritten, zum Darlehensschuldner macht.

7. Kann der Darlehensgeber, der von seinem Recht aus § 610 in Unkenntnis der Sachlage keinen Gebrauch gemacht hat, das Gegebene mit einem Bereicherungsanspruch zurückfordern? Nach den Prot. S. 50 ist die Frage zu verneinen: denn mit der Darlehenshingabe sei das pactum de mutuo dando erledigt, für einen Widerruf also kein Raum mehr.

Unbedenklich ist das nicht; das Widerrufsrecht stellt doch materiell nichts anderes als ein Rücktrittsrecht dar (s. oben Nr. 3); dieses aber wird (s. § 346 und Vorbem. dazu) wenigstens als vertragsmäßiges nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Pflichten aus dem aufzuhebenden Vertrag bereits erfüllt sind. Warum sollte das bei gesetzlichen Rücktrittsrechten anders sein (s. auch für einzelne Fälle solcher den auf §§ 346ff. geradezu verweisenden § 327)? Ist dem aber so, so wird einer Rückforderung der gegebenen Valuta im unterstellten Fall, mittelst condictio ob causam finitam, schwerlich ein Bedenken entgegenstehen.

Vielleicht führt auch die Analogie von § 813 zum gleichen Ergebnis. Der Anspruch auf Auszahlung der Valuta ist zwar nicht einredebehaftet im technischen Sinne; aber durch das Widerrufsrecht nicht schwächer, sondern stärker als durch eine Einrede entkräftbar; der Fall liegt dem der Aufrechenbarkeit insoweit gleich. Sollte da nicht die schon wegen einer Einrede begründete condictio indebiti auf unseren Fall a fortiori anwendbar sein? Anders meine Aufl. 1, Kober-Staudinger II, 6, OLG. Colmar DJZ. **03** 456.

8. Eine besondere, durch seinen spezifischen Zweck mehrfach eine eigentümliche Beurteilung erfordernde Abart des Darlehensversprechens ist der Baudarlehensvertrag, s. darüber sehr ausführlich Kober-Staudinger zu § 607 Nr. II, 9 und die dort zitierten, besonders Friedländer, SeuffBl. **69** 195ff.

Sechster Titel.

Dienstvertrag.

Vorbemerkung.

Literatur: a) zum bisherigen Recht: Dankwardt, Der Arbeitervertrag, Iherings Jahrb. **14** 228ff.

b) zum BGB.: Lotmar im ArchSozG. 8 1ff.; ders., Der Arbeitsvertrag, Bd. I, 1902 (gibt eine Theorie und umfassende Dogmatik sämtlicher Arbeitsverträge); Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im BGB. 1898; G. Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905. — Speziell über den gewerblichen Arbeitsvertrag s. die Schriften von Brenner, 1902 und Sigel, 1903.

1. a) **Begriff und Wesen:** Der Dienstvertrag als selbständiges, einheitliches Geschäft ist erst ein Produkt der neueren Gesetzgebungen. Das Römische und Gemeine Recht behandelten ihn, wenigstens soweit gewöhnliche, sogen. illiberale Dienste in Frage standen, als Unterart der locatio conductio — l. c. operarum. Dagegen wurde das Versprechen von Diensten höherer Art, für die weniger eine merces, als ein honorarium („Anerkennung und Ehrensold") gewährt wird, von der herrschenden Meinung zum Mandat gerechnet, so Dernburg, Pand II § 115, Löwenfeld in den Gutachten aus dem Anwaltstande S. 881, s. auch denselben in den Münchener Festgaben für Planck, 1887. Vgl. ferner das Erkenntnis des RG. 18 Nr. 36 S. 174ff., das zwar auch auf die höheren Dienste wesentlich die Regeln der l. c. operarum für anwendbar erachtet, aber sonst keine Gleichstellung ausspricht.

Eine Vereinigung der liberalen und illiberalen Dienste unter dem allgemeinen Begriff des Dienstvertrages findet sich dagegen in manchen Gesetzbüchern, so im SächsGB. § 1230, auch im Dresdener Entw. Art. 615. Das Landrecht (I, 11, §§ 894ff.) läßt nur faktische Dienstleistungen, sie aber unterschiedlos in den Bereich des Dienstvertrages fallen. Dagegen steht das französische Recht auf dem Standpunkt des römischen, s. Crome-Zachariä II S. 682.

Das BGB. folgt dem Vorgang der erstgenannten Kodifikationen; Gegenstand des Dienstvertrages können nach ihm Dienste jeder Art sein, s. § 611 Abs. 2. Der Auftrag ferner ist nach § 662 notwendig unentgeltlich, sodaß eine entgeltliche Geschäftsbesorgung unterschiedlos zum Dienst- oder Werkvertrage zu rechnen ist; jedoch finden immerhin auf Dienstverträge dieser Art laut § 675 die meisten Regeln des Auftrags Anwendung. Außerdem ist zu beachten, daß eine bloße Vergütung zur Deckung der Ausgaben dem Geschäfte nicht den Charakter der Entgeltlichkeit verleiht, selbst wenn ein den wirklichen Betrag der Auslagen übersteigendes Pauschquantum gegeben oder versprochen wird.

Aber auch nicht alle entgeltlichen Dienstleistungen fallen unter den Begriff des Dienstvertrages. Lotmar freilich entwickelt in höchst beachtenswerter Weise den Begriff eines einheitlichen, nur in Unterarten zerlegten **Arbeitsvertrages**, und versteht darunter allgemein „den gegenseitigen obligatorischen Vertrag, in welchem die Vertragschließenden die Leistung von Arbeit durch den einen und die Leistung von Entgelt durch den anderen vereinbaren", Arbeitsvertrag S. 32. Der Dienstvertrag der §§ 611ff. ist damit, als eine bloße Unterart, nicht identisch, wie die bei Lotmar S. 54—5 zitierten Autoren wollen, aber auch nicht davon verschieden (so Dernburg § 306, I, der den Dienst- anders als den Arbeitsvertrag eine persönliche Beziehung der Beteiligten hervorrufen läßt). Dienst-, Werk-, Mäkler-, entgeltlicher Verwahrungsvertrag sind nur koordinierte Unterarten des Arbeitsvertrages.

Diese Zusammenfassung hat wissenschaftlich im Grunde Berechtigung, und auch praktisch insofern Wert, als sie mit Aufzeigung der Verwandtschaft unter den verschiedenen Arbeitsverträgen die Möglichkeit näher bringt, gewisse nur für die eine Type gegebenen Vorschriften auch auf die andere entsprechend anzuwenden, eine Möglichkeit,

die G. Rümelin neuestens für den Dienst- und Werkvertrag in weitem Umfang als fruchtbar erwiesen. Durch die Kritik Hachenburgs, KrVJSchr. 45 279, der an der Identität vom Dienst- und Arbeitsvertrag festhält, ist Lotmar nicht widerlegt. Andererseits kann, schon bei dem differenzierenden Standpunkt des Gesetzbuchs, von einem völligen Aufgehen der verschiedenen Typen in einem einheitlichen Arbeitsvertrag umsoweniger die Rede sein, als Lotmar ihre Gegensätze unterschätzt haben dürfte. Wenn er an Stelle der bisherigen Unterscheidungen alle Arbeitsverträge in die beiden Grundformen des Akkord- und Zeitlohnvertrages einteilen zu können glaubt (S. 92, 333 ff.), so ist die angebliche Lückenlosigkeit dieser übrigens als bedeutsam anzuerkennenden Einteilung bereits von Rümelin S. 55 ff. widerlegt worden. Es gibt Fälle, wo der Lohn auch für die Handlung als solche ohne zeitliches Maß und ohne Rücksicht auf das Ergebnis vereinbart ist, so z. B. vielfach die Verträge mit Ärzten — sie passen nicht in Lotmars Schema.

b) **Dienstvertrag und Werkvertrag.**

Dem positiven Recht jedenfalls erscheint als bedeutsamster Gegensatz unter den Arbeitsverträgen seit den Tagen der Römer der vom Dienst- und Werkvertrag, locatio conductio operarum und operis, §§ 611 ff. und 631 ff. Mit der schwierigen Abgrenzung beider Typen befaßt sich neuestens das verdienstliche Werk von G. Rümelin. Der Gegensatz liegt darin begründet, daß beim Dienstvertrag einzelne Dienste oder eine irgendwie bestimmte quantitative Mehrheit von solchen versprochen werden, nicht ein einheitliches Resultat ohne Rücksicht auf das dazu zu verwendende größere oder geringere Arbeitsquantum.

Nur darauf — ob Arbeit oder Arbeitsergebnis versprochen sind, oder was dasselbe ist, wer die Gefahr der Unternehmung trägt, — kommt es nach Rümelins überzeugenden Ausführungen an. Nicht entscheidend dagegen ist in Wahrheit das oft angeführte Moment der Selbständigkeit oder Unselbständigkeit des Arbeiters, Rümelin S. 31 ff., indem zwar der ganz unselbständige Arbeiter keinen Werk-, wohl aber der selbständige (z. B. der Arzt, Anwalt) einen Dienstvertrag schließen kann. Auch auf die „Einheitlichkeit" des Resultats kann (so Rümelin S. 45 ff. gegen meine Aufl. 1) kein entscheidendes Gewicht gelegt werden.

Die Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag ist nicht überall gleich leicht wie auch nicht gleich bedeutsam. Indem sie in der Gefahrverteilung begründet liegt, wird sie im Leben da meist mit einer gewissen Sicherheit vollzogen werden, wo entweder die zu übernehmende Tätigkeit von vornherein nicht mit Sicherheit den Erfolg verspricht, oder wo zu seiner Herbeiführung eine komplizierte Tätigkeit notwendig ist, der Besteller somit die Mittelglieder nicht überblicken kann, Rümelin S. 9, s. auch 70 ff. In derartigen Fällen wird bald die Annahme eines Dienst-, bald die eines Werkvertrages näherliegend und empfehlenswerter sein: bei erheblichen Gefahren die erstere wegen der wünschenswerten Stabilität der Lohnverhältnisse, bei unerheblichen die zweite, weil sie „den Arbeiter durch das Resultat kontrolliert" (Rümelin S. 101 ff., 149). Doch müssen derartige Erwägungen natürlich vor einem ausgesprochenen anderweiten Parteiwillen verstummen (S. 49).

Minder klar tritt der Gegensatz da hervor, wo der Ersatz von den Parteien als die gewissermaßen selbstverständliche Folge der Tätigkeit vorgestellt ist, z. B. bei Droschkenfahrten und anderen einfachen Transporten. Hier ist die Scheidung mitunter schwierig, aber dafür auch minder wichtig, weil die Gefahr eben nur selten bedeutsam wird und übrigens, wie Rümelin nachgewiesen hat, die meisten Bestimmungen des Dienstvertrages auf den Werkvertrag unanwendbar sind und umgekehrt.

Die Eigenart der versprochenen Dienste kann überall in weitem Umfange zur Aufstellung von Vermutungen für den einen oder anderen Vertragstypus verwertet werden (daneben auch der Umstand, ob die Höhe des vereinbarten Lohnes als ein die Gefahrübernahme rechtfertigendes Äquivalent anzusehen ist, Rümelin S. 117). So ist besonders bei den Verträgen mit Lehrern und besonders Ärzten aus sozialen Gründen und gemäß dem aus Zweck und Eigenart des Verhältnisses zu entnehmenden vermutlichen Parteiwillen für Dienst- und gegen Werkvertrag zu vermuten; dies auch bei Übernahme einer Operation. So mit Recht die heute herrschende Lehre, z. B. Rümelin S. 102—3, Rabel, Haftpflicht des Arztes, S. 76 ff., Flügge, Das Recht des Arztes 1903 S. 64 ff., Hellwig, Stellung des Arztes 1905 S. 17 8 und der in Neumanns Jahrbuch I S. 382 zitierte Aufsatz von Brückmann. Das gilt auch vom Vertrage über Aufnahme in ein Krankenhaus, RG. ZS. III vom 28. X. 1887, JW. 88 29. Ausnahmen sind selbstverständlich möglich.

Zu beachten ist ferner, daß Dienste derselben Art bald in Form des einen, bald des anderen Vertrages versprochen werden (z. B. eine nach Stunden bemessene Spazierfahrt — die Benutzung einer Droschke, um zu einem bestimmten Ort, etwa dem Bahnhof, der Universität zu gelangen). Auch kommen Mischbildungen zwischen ihnen vor.

Der Umstand, daß im Einzelfalle auch beim Werkvertrage der Lohn nach dem aufgewandten Arbeitsquantum berechnet wird, nimmt an sich dem Vertrage diesen seinen Charakter noch nicht (s. l. 51 § 1 D. 19, 2 h. t.: non interest, utrum uno pretio opus an in singulas operas collocatur, si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit), wie ebenso umgekehrt der sogen. Akkord- oder Stücklohn den Vertrag nicht zur Werkverdingung erhebt. Näheres s. in der Vorbemerkung vor § 631.

2. **Sonderbestimmungen über einzelne Unterarten des Dienstvertrages**: Die Normen des BGB. lauten zwar allgemein, es sind aber keineswegs alle Fälle des Dienstvertrages nach ihnen oder doch nur nach ihnen zu entscheiden:

a) zahlreiche Anwendungsfälle sind bereits bisher Gegenstand der Reichsgesetzgebung gewesen; die fraglichen Bestimmungen bleiben nach EG. Art. 32 in Kraft, es sei denn, daß sich aus dem BGB. die Aufhebung ergibt. Das ist aber fast nirgends der Fall, es handelt sich im Gegenteil vorwiegend um ius singulare, das schon nach bekannten Sätzen durch das neue ius generale nicht berührt zu werden pflegt.

Dahin gehören namentlich:

α) Die Dienstverhältnisse des Handelsgesetzbuches, §§ 59ff., 511ff., 740ff.

β) Die einschlägigen Bestimmungen der Seemannsordnung vom 27. XII. 1872; des Binnenschiffahrtsgesetzes vom 1. VI. 1895 und des Flößereigesetzes vom 15. VI. 1895.

Nicht dahin gehört die in Aufl. 1 angeführte Strandungsordnung vom 17. V. 1874, da sie gesetzliche, nicht vertragsmäßige Ansprüche behandelt, Lotmar S. 323.

γ) Die Bestimmungen der Reichsgewerbeordnung, §§ 105ff., die das Verhältnis der gewerblichen Arbeiter (Gesellen, Gehilfen, Lehrlinge, Fabrikarbeiter) regeln. Dabei ist aber zu beachten, daß der gewerbliche Arbeitsvertrag keineswegs vom Dienstvertrag des BGB. verschieden, sondern nur eine besondere Ausprägung des letzteren ist. Er unterliegt grundsätzlich den Vorschriften der §§ 611ff., die nur durch die einschlägigen Sätze der GewO. als der lex specialis zurückgedrängt werden. Anspruch auf exklusive Geltung erhebt die GewO. nicht; ihr Schweigen über die meisten privatrechtlichen Fragen des gewerblichen Arbeiterrechts wäre sonst unerklärlich. S. Crome § 262, v. Schulz-Schalhorn, Das GewG. Berlin, S. 154ff.

b) für das Gesinderecht bleiben nach EG. Art. 95 die landesgesetzlichen Vorschriften maßgebend, nur mit gewissen Einschränkungen, s. Bem. dazu. Außerdem bleibt auch das Partikularrecht bei denjenigen Dienstverhältnissen in Kraft, die mit den sonstigen dem Landesrecht vorbehaltenen Materien in Zusammenhang stehen, also namentlich bei denjenigen des Bergrechtes wegen EG. Art. 67, s. Planck Nr. 1 Abs. 2.

Nicht minder behält es wegen der Dienstverhältnisse der öffentlichen Beamten bei dem bisherigen Landesrechte sein Bewenden, weil sie dem öffentlichen Recht angehören, EG. Art. 55. Aber auch für die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten gilt trotz ihres eher privatrechtlichen Charakters auf Grund von EG. Art. 80 dasselbe.

Ob und inwieweit in den Fällen von Nr. 2a—b neben oder hinter dem Spezialrecht auch die Bestimmungen des BGB., insbesondere des vorliegenden Abschnittes, Anwendung zu finden haben, läßt sich nicht allgemein bestimmen, ergibt sich vielmehr aus der Auslegung der betreffenden Spezialgesetze, Planck aaO. S. dazu aber auch EG. Art. 4 und Bem. dazu, sowie wegen der gewerblichen Arbeiter oben aγ.

3. **Die Abgrenzung des Dienstvertrages** von verwandten Verträgen ist hinsichtlich des Auftrages und Werkvertrages schon unter Nr. 1 vollzogen. Verwandt sind dem Dienstvertrage außerdem noch:

a) **Der Mäklervertrag**, der eine besondere Abart des Werkvertrages bildet und vom BGB. in den §§ 652—6 speziell geregelt wird, s. Bem. vor § 652.

b) **Der Agenturvertrag**, im neuen HGB. §§ 84—92 im Unterschied zum alten gleichfalls besonders geregelt. S. über ihn und sein Verhältnis zu den verwandten Geschäften des bürgerlichen Rechts die Kommentare zum HGB., auch unten Nr. 8 vor

§ 652. Auch er steht normalerweise dem Werkvertrage am nächsten (s. HGB. § 88), kann aber statt dessen, wenn die Provision für die Bemühungen als solche versprochen wird (§ 88 cit.), mit dem Dienstvertrage Verwandtschaft aufweisen. Riezler, Werkvertrag S. 84—5, sieht darin weitergehend sogar geradezu einen Werkvertrag. Dagegen erklärt das RG. ihn diesem nur ähnlich, Bd. 31 Nr. 12 S. 60. Vom eigentlichen Agenturvertrag wie vom Dienstvertrag ist wieder der Vertrag zu sondern, durch den jemand den Verkauf der Waren eines andern übernimmt, während der andere sich verpflichtet, ihm die Waren nach seinem Bedarf zu bestimmten Preisen zu überlassen. S. darüber RG. ZS. III, 23. V. 1900, Bd. 56 Nr. 32 S. 121ff., das darin „in der Hauptsache nur ein pactum de vendendo" erblickt.

c) Der **Lehrvertrag**, in der Gewerbeordnung ausführlich behandelt, §§ 126ff., s die Kommentare dazu. Indem für seinen Begriff die Gegenleistung belanglos ist — ob der Lehrling Lehrgeld bezahlt, ob er Lohn bekommt oder ob keines von beiden der Fall ist — weist er bald mit diesem, bald mit jenem Vertrage des bürgerlichen Rechts Verwandtschaft auf. Bekommt der Lehrling einen Lohn, so liegt ein dem Dienstvertrage ungemein nahestehendes Geschäft vor.

d) Möglicherweise nähert der Dienstvertrag sich der **Pacht**. So, wenn der Inhaber eines Restaurants einem Buffetier oder ähnlichen Personen eine Kantine, „Schwemme" oder sonst einen Teil der Wirtschaft zum eigenen Betriebe überläßt. In der Regel dürfte alsdann für Dienstvertrag zu vermuten sein. Dies auch dann, wenn der Genannte auf eigene Rechnung Speisen und Getränke verkaufen darf, ohne dem Wirt Rechnung darüber legen zu müssen, soweit er nur noch dessen allgemeiner Kontrolle unterliegt. So mit Recht OLG. Naumburg, 6. V. 1902, bei Seuffert 57 Nr. 210 S. 392.

e) Wegen der Abgrenzung vom **Gesellschaftsvertrage** s. Lotmar S. 38ff., 40, RG. ZS. III vom 9. XII. 1902 bei Gruchot 47 401ff. Dieser ist vielfach den mit sogen. „partiarischen" Abreden verbundenen Arbeits-, insbesondere Dienstverträgen, ähnlich; der Unterschied wird vorwiegend darin zu finden sein, ob ein gemeinsamer Zweck und ein diesem dienendes Vermögen vorliegt, zu dessen Förderung die vom einen oder andern Beteiligten zu leistende Arbeit dienen soll. Beim Arbeitsvertrag wird der Arbeiter durch Lohn selbst dann entgolten, wenn dessen Höhe aus dem Ertrágnis des Unternehmens berechnet wird; bei der Gesellschaft findet sich ihr Entgelt unmittelbar in der durch die Arbeit erreichten Förderung des gemeinsamen Zweckes, sie ist ein Beitrag zur Zweckerreichung.

f) Eine höchst eigenartige, vielleicht noch zu großer Bedeutung berufene Erscheinung des modernen Soziallebens stellen die sogen. **Tarifverträge** dar, s. dazu Lotmar S. 755ff. und (ausführlicher) ArchSozG. XV S. 1ff., Baum bei Gruchot 49 261ff. („kollektive Arbeitsverträge"), Rundstein, Die Tarifverträge im französischen Privatrecht, 1905, weitere Angaben in Neumanns Jahrb II S. 336—7. Darunter sind zu verstehen die allgemeinen, vorwiegend im Interesse der Arbeitnehmer festgestellten allgemeinen Lohn- und Arbeitsbedingungen als Grundlagen der abzuschließenden Einzelverträge.

Die Tarifverträge sind ihrerseits keine Arbeitsverträge, auch keine Vorverträge, Lotmar, Arch. S. 93ff., sondern entweder besondere Geschäfte, contractus sui generis, so Lotmar S. 93ff., 99, Rundstein aaO., Sigel S. 19ff., für den „begrenzten", d. h. „zwischen namentlich bezeichneten und persönlich hervortretenden Kontrahenten" geschlossenen Tarifvertrag auch Baum S. 263 — oder nur objektive Ordnungen, den Arbeitsordnungen vergleichbar, die nur die allgemeinen Grundsätze für die im einzelnen abzuschließenden Arbeitsverträge enthalten. So für den „unbegrenzten" Tarifvertrag Baum S. 270ff. Bei der letzteren Auffassung, die vielleicht eines weiteren Ausbaus in der Zukunft fähig ist, würde dem Tarifvertrag eine zivilrechtliche Wirkung derzeit überhaupt nicht innewohnen, da es im Gegensatz zur Arbeitsordnung (s. für sie GewO. § 134c) einer ihm „Rechtsverbindlichkeit" zusprechenden gesetzlichen Anerkennung durchaus fehlt. Aber auch wenn man sich, was unter Zugrundelegung des bisher allgemein anerkannten Vertragsbegriffes kaum möglich sein dürfte, der Lotmarschen Vertragstheorie anschließt, wird man sicherlich nicht mit Lotmar und Rundstein (S. 57, 82, 87, 90) annehmen dürfen, es dürfe nicht nur nicht, sondern könne gar nicht einmal in rechtswirksamer Weise ein einzelner Arbeitsvertrag unter Abweichung von den Bestimmungen des Tarifvertrages vereinbart werden. Dagegen auch Baum S. 265 selbst für seinen „begrenzten" Tarifvertrag. Auch und gerade unter Zugrundelegung der Vertragstheorie ist eine soweitgehende Wirkung unerweislich; der Arbeitgeber wird vielmehr höchstens durch solche tarifwidrigen Vereinbarungen von ihr aus als ersatzpflichtig anerkannt werden dürfen, indem man

darin etwa eine „positive Vertragsverletzung" der im Tarifvertrag übernommenen Pflicht, nicht zu anderen Bedingungen zu kontrahieren, erblickt. Will man Lotmars Ergebnis gewinnen, so bedarf es dazu einer dem § 134c GewO. entsprechenden Norm; die Vertragskonstruktion reicht dazu ebensowenig aus, wie zum Verständnis der Arbeitsordnungen und ihrer Rechtsverbindlichkeit (s. Oertmann in der Festgabe für Hübler 1905 S. 1ff.).

4. **Kombinierte Geschäfte:** Nicht selten finden sich im Leben Verabredungen, die neben den Begriffsmerkmalen anderer Geschäfte auch die des Dienstvertrages ganz oder teilweise aufweisen. Dies entweder in der Art, daß die einheitliche Abrede auf der einen Seite nur das Wesen des Dienst-, auf der anderen nur die eines anderen Vertrages, etwa der Miete, aufweist: jemand erhält eine Wohnung in einer Villa oder einem Miethause gegen Übernahme der Dienste als Portier (s. oben Bem. 3 zu § 535). Alsdann werden normalerweise die Regeln des Dienstvertrages soweit zur Anwendung kommen, als das Geschäft seine Merkmale aufweist, jedoch unter Beachtung des synallagmatischen Zusammenhanges mit den anderen Bestandteilen.

Oder so, daß der Schuldner neben seiner sonstigen Hauptpflicht noch die Leistung von Arbeit, oder umgekehrt der Arbeiter neben seiner Arbeit noch andere Leistungen übernimmt, s. Lotmar, Arbeitsvertrag S. 177ff. Auch hier liegen nicht mehrere selbständige Geschäfte vor, sondern im Sinne des Zwecks einheitliche, aber inhaltlich aus den entsprechenden Typen kombinierte Vereinbarungen. Anders, wenn unter den übernommenen Leistungen ein Abhängigkeitsverhältnis in der Art stattfindet, daß die eine lediglich der Vollendung der anderen dient. Hier ist das Geschäft lediglich dem durch die „übergeordnete Leistung" gewiesenen Geschäftstypus einzureihen, Lotmar S. 203, 207. So z. B, wenn der Wirt die bestellten Speisen servieren läßt, die Vermieterin die Reinigung der Zimmer oder der Garderobe des Chambregarnisten übernimmt. Auch die Gewährung eines Sitzes an den Theaterbesucher ist eine solche für die Bestimmung des Geschäfts unmaßgebliche Nebenleistung (Lotmar S. 197). Besteht nur diese in Arbeit, so ist das Gesamtgeschäft somit kein Arbeitsvertrag, wie es umgekehrt dessen Vorhandensein nicht schadet, daß die unmaßgebliche Nebenleistung nicht in Arbeit besteht (s. das letzte Beispiel oben, ferner beim Werklieferungsvertrag im Falle von § 651 Abs. 2); auch beim Dienstvertrag kommt es vor, daß der Arbeiter sich auf eigene Rechnung Gerätschaften anzuschaffen hat (s. GewO. § 119b, Lotmar S. 181), ohne daß dadurch das Wesen des Dienstvertrages in Frage gestellt würde.

5. **Sozialer Charakter des Dienstvertrages:** Der Dienstvertrag als Eckpfeiler des modernen sozialen Lebens ist im BGB., im Gegensatz zu der einigermaßen rückständigen Regelung des ersten Entwurfes (s. dazu die geistreiche Schrift von A. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1890, Aufl. 3, 1904; Lotmar, Archiv Bd. 8 aaO.), mit besonderer Sorgfalt geregelt worden. Nicht nur sind die acht Paragraphen des Entwurfes allmählich auf zwanzig angewachsen, sondern auch inhaltlich hat man viele und bedeutsame Reformbestimmungen eingeführt, die sich aus dem folgenden im einzelnen ergeben. Insbesondere zeigt sich die Neigung, die im Interesse des Dienstleistenden als der vielfach (nicht immer!) sozial schwächeren Partei getroffenen Schutzbestimmungen als zwingendes Recht zu gestalten, s. § 619, auch 624. Auch bei verschiedenen anderen Sätzen des Titels ist zu prüfen, ob ihnen nicht trotz mangelnder Sonderbestimmung ein solcher Charakter zukomme, s. z. B. §§ 629 und 630 nebst Bem. dazu.

Ferner sind die allgemeinen Schutzbestimmungen, namentlich die des § 138 gegen wucherische Ausbeutung und des § 343 gegen übermäßige Vertragsstrafen, für das Gebiet des Dienstvertrages von ganz besonderer Wichtigkeit. Für den Fall der sogen. Konkurrenzklausel kann die neue handelsrechtliche Satzung des § 74 HGB. zum mindesten im Wege der Analogie auch für den Dienstvertrag verwertet werden.

Einen sozialen Schutzzweck verfolgen auch die Beschränkungen einer Pfändung des Arbeits- und Dienstlohnes, s Bundesgesetz vom 21. VI. 1869, Reichsgesetz vom 29. III. 1897 und ZPO. § 850, Nr. 1.

Eine Anzahl zum Teil recht extremer sozialistischer Anträge zwecks weiterer Sicherung des Dienstleistenden hat der Reichstag abgelehnt; dasselbe geschah mit dem Antrage, den Namen „Dienstvertrag" in „Arbeitsvertrag" umzuwandeln.

6. **Persönliche Fähigkeit zum Dienstvertrag:** Neben den zunächst geltenden allgemeinen Bestimmungen finden sich im BGB. noch einige Sondersätze, nämlich in § 113 für die Ermächtigungen von Minderjährigen durch ihre gesetzlichen Vertreter, in

Dienst oder in Arbeit zu treten; ferner in § 1358 für die von einer Ehefrau übernommene Verpflichtung zu einer in Person zu bewirkenden Leistung.

7. **Eine Verpflichtung zur Eingehung eines Dienstvertrages** kennt das BGB. nicht, s. dazu ausführlich Planck Vorbem. Nr. IV. Nur ist im § 663, der nach § 675 auch auf Dienstverträge mit Geschäftsbesorgung anwendbar ist, gewissen Personen eine Pflicht auferlegt, die Ablehnung der darauf gerichteten Anträge bei Vermeidung von Schadensersatz dem Antragenden unverzüglich anzuzeigen. Entsprechendes bestimmt für Anwälte die RAO. § 30.

Dagegen bestimmt das BGB. eine Verpflichtung gewisser Personen zur Verrichtung von Diensten: Der Ehefrau nach Maßgabe von § 1356 Abs. 2 zu Arbeiten im Hauswesen und Geschäfte des Mannes, der Kinder nach § 1617 in denjenigen der Eltern.

8. S. die Übergangsbestimmung in EG. Art. 171 für Miete, Pacht und Dienstvertrag.

§ 611.

Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein.

E. I 559[1], E. II 551, RV. 604. — Mot. S. 455—9, Prot. II S. 276—7, D. S. 118—9.

Annahmepflicht? 2c.
Familienrechtliche Unterwerfung des Dienstleistenden? 1e.
Folgen der Pflichtverletzung 3.
Nebenpflichten des Dienstherrn 2b.
Nebenpflichten des Dienstleistenden 1b.
Partiarische Abrede 2a.
Pflichten des Dienstherrn 2.
Pflichten des Dienstleistenden 1.
Stellung von Materialien 1a, 2b.
Vergütung 2a.
Verschaffung von Diensten 1e.
Zeit und Ort der Dienstleistung 1f.

Über den Begriff des Dienstvertrages ist bereits in der Vorbemerkung im allgemeinen gehandelt, hier ist das dort Gesagte hinsichtlich der beiderseitigen Verpflichtungen im einzelnen näher auszuführen und zu ergänzen.

1. **Pflichten des Dienstleistenden** (Arbeiters): a) Er muß die **versprochenen Dienste** leisten, mögen sie höherer oder niederer, geistiger oder körperlicher Natur oder beides sein.

Ob dabei eine besondere Sachkunde erfordert wird, bestimmt sich nach der Abrede und der Natur der Dienste. Häufig werden diese von der Art sein (bei Ärzten, Anwälten, aber auch Gärtnern, Kutschern, Köchinnen), daß ohne eine solche von einer zweckentsprechenden Dienstleistung der versprochenen Art gar keine Rede sein kann. Anders bei gewöhnlichen Tagelöhnern, Handarbeitern u. dergl.

Ebensowenig läßt sich die Frage allgemein beantworten, ob der Dienstpflichtige gehalten ist, die zur Leistung notwendigen **Materialien und Gerätschaften zu stellen.** Grundsätzlich kann ihm eine solche Pflicht nicht aufgebürdet werden, es mag aber auf Grund einer besonderen Abrede, wie auch aus der Natur der versprochenen Leistung öfters das Gegenteil anzunehmen sein. Gerade bei Dienstleistungen höherer Art (wie Arzt, Anwalt) ist ganz regelmäßig zu unterstellen, daß der Pflichtige die zur Ausübung seiner besonderen Kunst gehörenden Apparate, Instrumente, Bücher usw. selbst besitzt und zur Dienstleistung zu verwenden hat. Aber auch bei derartigen Dienstpflichtigen wird in der Regel nicht ein so hohes Maß von Kenntnissen und Fähigkeiten erfordert werden dürfen, wodurch das Begehen eines — selbst schwer vermeidlichen — Fehlers bei der Dienstleistung ausgeschlossen wird, so mit Recht OLG. Hamburg in Rspr. VI S. 83.

b) Daß sich neben der Hauptverpflichtung des Dienstleistenden möglicherweise noch **Nebenpflichten** ergeben können, etwa auf Diskretion, Erweisung der gebührenden Achtung usw., wird von Planck Nr. 3a mit Recht betont. Es rechtfertigt sich das aus dem den Dienstvertrag ganz besonders beherrschenden Prinzip von Treu und Glauben (§ 242), in Verbindung mit der Erwägung, daß der Mangel eines entsprechenden Benehmens die Dienstleistung zu einer unvollkommenen zu machen geeignet

ist. Übrigens wird die Verletzung dieser nebensächlichen Pflichten leicht den Tatbestand einer unerlaubten Handlung bilden, §§ 823ff., namentlich 824, 826.

c) Nur zur **Leistung** der Dienste ist der Betreffende verpflichtet; das Versprechen, einem andern die Dienste eines dritten zu **verschaffen**, begründet keinen Dienstvertrag (s. Mot. S. 457), sondern je nachdem Werkvertrag, Auftrag oder dergleichen.

d) Der Dienstpflichtige hat die Dienste im Zweifel **persönlich** zu leisten, § 613, s. Bem. dazu.

e) Der Dienstvertrag verpflichtet den Arbeiter nur zu **Dienstleistungen**, bei deren Verrichtung er sich unter Umständen auch den Anweisungen und Anordnungen des Dienstherrn zu unterwerfen hat; eine weitere persönliche, etwa quasifamilienrechtliche Unterwerfung der gesamten Person unter den Dienstherrn wird dadurch an sich nicht begründet. Ansätze zu einer solchen zeigen sich, soweit sie überhaupt nach den heutigen Anschauungen von der unveräußerlichen Freiheit der Persönlichkeit statthaft sind, nur in einigen besonderen Anwendungsfällen des Dienstverhältnisses, namentlich beim Gesinde- und Lehrlingsvertrag, ferner auch wohl in der Behandlung der dauernden, mit Aufnahme in die „häusliche Gemeinschaft" verbundenen Dienstverhältnisse des § 617. Weiter geht Dernburg § 306, I, der beim Dienstvertrag des BGB. allgemein eine über das Vertragsmäßige hinausgehende persönliche Beziehung eintreten läßt.

f) **Über Zeit und Ort der Dienstleistung** enthält das Gesetz keine besonderen Bestimmungen, es gelten dafür die allgemeinen Regeln der §§ 269ff., s. Bem. dazu. Ungemein oft wird sich hier aus der Natur der Dienste ergeben, daß sie beim Dienstherrn zu leisten sind.

g) Muß der Dienstpflichtige dem -berechtigten auch **Erfindungen** überlassen, die zu machen ihm die übertragene Dienstleistung Gelegenheit geboten hat? Im allgemeinen nicht, wohl aber dann, wenn der Erfinder gerade zur Entfaltung der erfinderischen Tätigkeit angestellt ist. So auch die Praxis, s. OLG. Hamm 26. III. 1903, Rspr. VIII 383, RG. in SeuffBl. 69 248ff., SächsArch. 14 625ff. (letztere Entscheidungen gehen etwas weiter, indem sie alle Erfindungen „im Rahmen der dem Dienstpflichtigen überwiesenen Arbeiten" dem Dienstherrn zusprechen).

2. a) Die wesentliche **Pflicht des Dienstberechtigten** besteht in der **Leistung der Vergütung.** Über ihre Beschaffenheit enthält sich das Gesetz weiterer Bestimmungen; es kann somit, im Gegensatz zum Römischen Recht, aber übereinstimmend mit den meisten anderen Gesetzgebungen (s. Mot. S. 460), nicht gefordert werden, daß sie in Geld bestehe. So ist z. B. ein Dienstvertrag bloß gegen „freie Station" möglich und nicht selten. S. über die Fälle der Naturalvergütung Lotmar S. 654ff. Zu ihr gehört auch der Dienstvertrag, bei dem als Lohn nur eine Erwerbsgelegenheit gewährt wird, Lotmar S. 698, z. B. dem Kellner oder Zimmermädchen — s. auch den Fall des OLG. Kiel bei Seuffert 60 Nr. 73 S. 140 — die Gelegenheit zur Einnahme von Trinkgeldern. Dann ist der Lohngeber in Wahrheit nicht der zahlende Gast, sondern der Wirt. Ebenso der Fall, wo dem Landarbeiter als Entgelt eine Landnutzung überlassen wird, Lotmar S. 710.

Auch das ist nicht nötig, daß die Lohnhöhe genau festgesetzt ist, es genügt Bestimmbarkeit nach den allgemeinen Regeln der §§ 315ff. oder der Sonderbestimmung des § 612, s. Bem. dazu.

Gleichgültig für den Begriff ist auch die Art der Lohnbemessung, ob nach Zeiteinheiten, Maßeinheiten des zu leistenden Arbeitsquantums oder auch des Arbeitseffektes (Stücklohn). Allerdings ist dieser Gegensatz in der Entlohnung nach Lotmars (S. 339ff.) Nachweis für den Charakter der Arbeitsverträge übrigens fundamental wichtig; aber nach unserem geltenden Recht doch nur innerhalb der beiden Grundformen des Dienst- und des Werkvertrages. S. auch oben Vorbem. 1a.

Möglich ist insbesondere eine **partiarische Lohnabrede**, s. darüber Crome in der Vorbem. 2 vor § 581 genannten Schrift S. 141ff., indem dem Arbeiter entweder an Stelle oder doch neben dem gewöhnlichen Lohn ein Quantum des Betriebserträgnisses — in Natur oder in Geld abgeschätzt — versprochen wird. Jedoch ist diese Abrede ersterenfalls nach den überzeugenden Ausführungen Cromes im Zweifel nur als bedingte aufzufassen, „falls der versprochene Gewinnanteil den normalen Lohn übersteigen oder wenigstens nicht dahinter zurückbleiben wird", s. Crome S. 209: „Diese Bedingung folgt als unzweifelhafter Vertragsbestandteil aus den tatsächlichen Verhältnissen, aus der gesamten wirtschaftlichen Lage der Parteien."

Fehlt es freilich an jedem Kriterium für die zu gewährende Vergütung, so ist der Vertrag jedenfalls als Dienstvertrag ungültig. Soll andererseits die Dienstleistung ohne Vergütung vertragsmäßig geleistet werden, so liegt in der Abrede ein Auftrag, möglicherweise auch eine Schenkung, s. Vorbem. vor § 516.

Auch die Vereinbarung, daß dem Arbeiter als Entlohnung seinerseits wieder Arbeit geleistet werde — vorkommend beim Lehrvertrag, aber auch sonst, z. B. der Chambregarnist erteilt als Entgelt für die Bedienung der Tochter seiner Zimmervermieterin Klavierunterricht, die Malerin ihrer „künstlerisch" veranlagten Köchin Malunterricht — hebt die Abrede zwar nicht aus der allgemeinen Kategorie des Arbeits-, wohl aber aus der besonderen des Dienstvertrages hinaus. Denn das Gesetz unterstellt bei Dienst- und Werkvertrag als selbstverständliche Grundlage eine spezifische Verschiedenheit der beiden Parteirollen, die in den hier fraglichen Fällen wenigstens dann fehlt, wenn die Arbeitsleistung des einen Teiles nicht als bloße Nebenpflicht übernommen ist. Das Geschäft ist insoweit ebensowenig unter den Dienstvertrag zu bringen, wie der Tausch unter den Kauf; es handelt sich vielmehr um einen Vertrag sui generis, wobei jeder Teil die grundsätzliche Stellung hat, wie beim Dienstvertrag nur der Dienstpflichtige. So auch Lotmar S. 160–1, anders Kober-Staudinger Nr. V, 1d, sowie besonders Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 142, System § 257 Nr. 5, für den Werkvertrag auch Riezler, Werkvertrag S. 37.

b) Daneben legt das Gesetz dem Dienstberechtigten in den §§ 617–9 gewisse nebensächliche Verpflichtungen auf, s. Bem. dazu.

Ob und inwieweit er ferner dem Pflichtigen die Werkzeuge, Räume usw. zur Vornahme der Dienste zur Verfügung halten oder sonstige Veranstaltungen treffen muß, um ihm die Vornahme der Dienste zu ermöglichen, bestimmt sich nach der Abrede, event. nach der Natur der zu leistenden Dienste. Jedoch wird es sich hier meist weniger um eigentliche Pflichten des Dienstberechtigten handeln, als vielmehr um die Setzung bloßer Vorbedingungen „zur Bewirkung der Leistung" des Pflichtigen im Sinne von § 295.

c) dagegen eine **Pflicht zur Annahme der Dienste** ist dem Herrn mangels besonderer, ausdrücklicher oder stillschweigender Abrede hier nicht auferlegt; er kann sie zurückweisen, sei es, weil er sie — etwa infolge veränderter Konjunktur — nicht mehr gebraucht, sei es auch ohne solchen besonderen Grund. So auch die fast allgemeine Meinung, z. B. Crome und Planck. Die teilweise gegenteilige Lehre von Staudinger Nr. 9 ist von Kober Aufl. 2 Nr. VI daselbst wieder aufgegeben worden. Sie war in der Tat unhaltbar, indem sie unstatthafterweise aus einem Annahmeverzuge auf eine Annahmepflicht schloß. Der Pflicht zur Zahlung des Lohnes und dem event. Eintritte eines Annahmeverzuges mit seinen Folgen kann er sich dadurch natürlich nicht entziehen, s. Crome aaO. S. 178ff.

Auch die Quotalabrede ruft darin keine Änderung hervor; der Fall liegt nur insofern anders, als hier durch Schuld des Arbeitgebers eine Unmöglichkeit der Feststellung und Zahlung der Tantieme eintritt; folgerecht haftet jener auf Schadensersatz nach allgemeinen Regeln in Höhe dessen, „was der Quotalarbeiter bei ordnungsmäßiger beiderseitiger Erfüllung aus dem Unternehmen hätte verdienen können", Crome aaO. S. 192ff., 195.

3. **Die Folgen der Zuwiderhandlung** gegen die Pflichten des einen oder andern Teiles sind die gewöhnlichen. Jedoch wird es sich hier häufiger, als sonst, um Leistungen handeln, die, einmal nicht erfüllt, nicht mehr nachgeholt werden können, s. dazu Planck Nr. 3c Abs. 2. Alsdann ist nur Anspruch auf Schadensersatz begründet. Bei Gefahr künftiger Nichterfüllung ist schon jetzt nach ZPO. §§ 258–9 eine Klage auf die künftige Leistung statthaft.

§ 612.

Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.

E. I 559², E. II 552, RB. 605. — Mot. S. 559—60, Prot. II S. 276—8, Ber. d. Reichst. Komm. S. 45.

Über die Vergütung im allgemeinen ist schon zu § 611 Nr. 2 gehandelt. § 612 gibt dazu noch zwei Auslegungsregeln:

1. **Zu Absatz 1:** Ist eine Dienstleistung versprochen, so gilt möglicherweise auch ohne jedwede Lohnabrede **die Vermutung für eine Entgeltlichkeit**, also für einen Dienstvertrag — dies dann, wenn „die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist." Wann dem so sei, ergibt die konkrete Sachlage; unter „den Umständen" sind die gesamte Lage der Beteiligten, namentlich ihre Standes- und Vermögensverhältnisse, ferner auch die Art der Dienstleistungen und die dafür maßgebende Verkehrssitte zu berücksichtigen.

In solchem Fall „gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart". Dies also nicht nur unter den allgemeinen Voraussetzungen der stillschweigenden Willenserklärung, sondern schlechthin, sofern nur objektiv die Leistung gegen Vergütung zu erwarten war. Auf die subjektiven Vorstellungen des Dienstempfängers, Irrtum usw., kann es dabei nicht ankommen: maßgebend ist nur, ob nach der objektiven Sachlage erwartet werden mußte, die Arbeitsleistung erfolge nur als eine zu entgeltende, Lotmar, Arbeitsvertrag S. 127, Kober-Staudinger Nr. I, 2. Ueber die Arbeitsleistung selbst muß freilich Konsens vorliegen, damit der Anspruch entstehe, Lotmar S. 122—5; die einseitige Erwartung des eine Arbeit übernehmenden, sie werde entlohnt werden, kann nicht genügen. Sonst hätte man kein Recht, noch von Arbeitsvertrag zu reden, und das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag hätte neben § 612 für alle Arbeitsaufwendungen keinen Raum mehr.

Andererseits können beide Teile darüber einig sein, daß trotz Vorhandensein der Voraussetzungen des Textes die Arbeit nicht entlohnt werden solle; die Bemerkung in Aufl. 1, der Lohn gelte kraft praesumtio iuris et de iure als vereinbart, ging zu weit, dagegen Kober-Staudinger I, 1, Hedemann, Vermutung S. 245 — dieser nimmt nicht einmal eine gewöhnliche Vermutung im Sinne des „prozessualen Typus" an, sondern einen Satz von materieller Bedeutung, eine Auslegungsregel. Dem dürfte man in der Tat zuzustimmen haben.

Ob nicht demungeachtet der Ausdruck des Textes „gilt als . . ." als ungeschickt und mißverständlich zu tadeln (so Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 171, Nr. 10 und meine Aufl. 1) und der des HGB. § 354 als empfehlenswerter zu bezeichnen sei, kann dahingestellt bleiben, es hängt das mit der schwierigen Frage zusammen, inwieweit man bei einem bloß aus den Vertragszwecken zu folgernden, „hypothetischen" Geschäftswillen überhaupt noch von einem Willen reden könne.

Übrigens entspricht die Möglichkeit stillschweigender Lohnfestsetzung dem früheren Recht, s. Landrecht I, 11, §§ 873 ff., SächsGB. § 1231.

Ueber die **Höhe** der Vergütung in diesen wie anderen Fällen bestimmt Abs. 2.

2. **Zu Abs. 2:** Im Gegensatz zu Abs. 1 bezieht sich Abs. 2 nicht auf die Existenz, sondern auf die Höhe der Lohnzahlungspflicht des Dienstherrn.

a) Diese kann fest bestimmt sein, und zwar auch stillschweigend durch erkennbare Bezugnahme auf Tarif- oder frühere Dienstverträge der fraglichen Art unter den Parteien.

b) Ist das nicht der Fall, so greift unser Satz Platz. Dies nicht nur — hier freilich unterschiedslos — in den Fällen, wo überhaupt kein Lohnversprechen vorliegt, ein solches vielmehr nur nach Abs. 1 unterstellt wird; sondern auch da, wo ein wirkliches Lohnversprechen zwar vorhanden ist, aber über die Höhe des Lohnes schweigt. Nicht aber auch da, wo erweislich jeder einen anderen Lohnvorschlag gemacht hat und es zu einer Einigung darüber in Wahrheit nicht gekommen ist. Denn alsdann fehlt es überhaupt an einer vertragsmäßigen Übereinstimmung; das Geschäft ist wegen Dissens nichtig.

Unter der im Texte in Bezug genommenen **Taxe** ist nur eine obrigkeitliche zu verstehen. Das ergibt sich einmal daraus, daß an eine private hier schon an sich schwerlich gedacht werden kann, aber auch daraus, daß der Art. 617 des Dresdener Entwurfes, der unserer Bestimmung offenbar zum Vorbild gedient hat, sowie die GewO. §§ 72 ff. nur von einer solchen reden. Übereinstimmend Planck Nr. 4, Sigel S. 95.

Anders Lotmar, ArchSozG. 15 99, nach dem das Bestehen einer Taxe auch von „Privatpersonen und ihrer Vereinbarung herrühren, d. h. ein Tarifvertrag von Arbeitgebern und Arbeitern sein kann". Aber das dürfte dem Sprachgebrauch widersprechen, ist auch nach dem oben zu a) gesagten überflüssig.

Die in Ermangelung einer Taxe maßgebende „**übliche Vergütung**" bestimmt sich nach den Ortsgebräuchen unter Berücksichtigung der sozialen Stellung der Beteiligten.

c) Äußerstenfalls ist die Lohnhöhe nach § 316 festzustellen, s. Bem. dazu.

3. Möglicherweise ist streitig, ob ein bestimmter Preis vereinbart und dadurch die Anwendbarkeit des § 612 ausgeschlossen sei. Wer hat dann den Beweis? Die Frage ist entsprechend zu entscheiden, wie oben beim Kauf, s. Bem. 1 zu § 453. M. E. muß, wer einen bestimmten Preis als vereinbart behauptet, die Abrede beweisen; mangels solchen Beweises tritt die Preisbestimmung nach § 612 ein. Die im ganzen wohl vorherrschende Lehre dagegen erachtet § 612 nur für subsidiär und legt dem den Beweis auf, der sich auf ihn als beim Fehlen besonderer Lohnabrede anwendbar beruft. So vorzüglich Stölzel, Schulung I, S. 55 ff., OLG. Jena bei Seuffert 55 Nr. 73 S. 153.

4. Genau entsprechende Bestimmungen finden sich in den §§ 632 (Werkvertrag), 653 (Mäklervertrag), ähnliche auch in § 689 (Verwahrung).

5. Damit die Höhe des Lohnanspruches übersehen werden könne, muß der Dienstpflichtige nötigenfalls Nachweisungen erteilen über die von ihm vollzogene Arbeit Dies natürlich nur bei selbständigen Dienstleistungen. Z. B. hat der Arzt sein. Rechnung zu „spezifizieren"; durch die allgemeine Angabe, er habe Dienste in dem und dem Umfang geleistet, kann er seinen Anspruch nicht stützen. Auch die Berufung auf das ärztliche Berufsgeheimnis kann ihn von einer solchen Notwendigkeit nicht ohne weiteres entbinden, OLG. München, Bl. f. RA. 70 181.

§ 613.

Der zur Dienstleistung Verpflichtete hat die Dienste im Zweifel in Person zu leisten. Der Anspruch auf die Dienste ist im Zweifel nicht übertragbar.

E. II 554, RV. 606. — Mot S. 456—7, Prot. II S. 278—9.

1. Der § 613 ist eine Neuerung der zweiten Lesung; seine Bestimmungen entsprechen wesentlich dem bisherigen Recht (s. z. B. SächsGB. § 1232) und würden sich für die Regel der Fälle auch ohne besondere Aufstellung aus dem Wesen des Verhältnisses ergeben haben; s. auch Bem. 1 zu § 399.

Die Bestimmungen beider Sätze, sowohl über die persönliche Leistungspflicht des Dienstpflichtigen wie über die Unübertragbarkeit des Anspruches darauf, stellen nur Auslegungsregeln dar („im Zweifel"), das Gegenteil kann in der einen oder andern Beziehung oder auch in beiden durch ausdrückliche Abrede festgestellt werden oder aus der Eigenart des konkreten Verhältnisses als gewollt zu unterstellen sein, s. Bem. 1 zu § 399 zit.

2. **Insbesondere aus Satz 1** ergibt sich, daß die Dienstleistung im allgemeinen weder durch einen Vertreter des Pflichtigen noch durch einen dritten im Sinne von § 267 (s. Bem. 1 dazu) erfüllt werden kann. S. über den rechtspolitischen Grund der Vorschrift Rümelin S. 257. Die Zuziehung eines bloßen untergeordneten (Rümelin S. 256) Gehilfen darf dagegen nicht als durch § 613 ausgeschlossen gelten, denn darum bleibt die Leistung doch immer eine solche des Schuldners. Nach der Besonderheit des Falles kann freilich auch sie möglicherweise als unstatthaft zu erscheinen haben.

Die Bestimmung wirkt übrigens nicht nur zu Gunsten des Gläubigers, sondern auch des Schuldners, der bei persönlicher Verhinderung zur Bestellung eines Vertreters nun auch nicht verpflichtet ist.

3. Die Sätze gelten nicht beim Werkvertrag; dagegen ist für den Auftrag in § 664 Entsprechendes angeordnet.

§ 614.

Die Vergütung ist nach der Leistung der Dienste zu entrichten. Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten.

E. I 560, E. II 555, RV. 607. — Mot. S. 461, Prot. II S. 279.

1. Der Satz, daß die Vergütung postnumerando zu leisten sei, entspricht dem GR., Landrecht und den meisten sonstigen Rechten, nicht minder für das BGB. der analogen Bestimmung des § 551 (s. Bem. dazu) bei der Miete, während er freilich gegenüber dem allgemeinen Prinzip der Leistung Zug um Zug bei gegenseitigen Verträgen eine Ausnahme bildet.

Folge der Bestimmung ist, daß der Dienstpflichtige hier zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht befugt ist (s. § 320 und Bem. dazu, auch Lotmar S. 372ff.). Zweifelhaft erscheint dies nur in dem Falle, wenn die nach Satz 2 fälligen Vergütungen für frühere Zeitabschnitte noch nicht beglichen sind. Ich erachte — gegen Krahmer, Gegenseitige Verträge S. 89 — die Einrede selbst dann für unanwendbar, da es sich dann nicht um die Gegenleistung für gerade die jetzt beanspruchten Dienste handelt, sondern für frühere. Dagegen greift dabei zweifellos das allgemeine Zurückbehaltungsrecht des § 273 Platz. Wie hier Lotmar S. 373 (nicht nur, wie Krahmer aaO. anzunehmen scheint, falls Arbeit und Lohn aus verschiedenen Verträgen geschuldet werden), auch Dernburg § 307, III, der aber noch enger sogar das allgemeine Zurückbehaltungsrecht nur wegen der gelieferten Werkzeuge u. dergl. gewährt, nicht in Bezug auf die geschuldete Arbeit. Allein daß ein weiteres Verweigerungrecht „dem Zwecke des Schuldverhältnisses widerspräche", vermag ich nicht einzusehen; ich würde im Gegenteil die Versagung der Zurückbehaltung für eine den Vertragszwecken wenig entsprechende Benachteiligung der arbeitenden Klassen halten. Nur bei solchen Arbeiten, die ihrer Eigenart nach keinen Aufschub dulden (so meist die ärztliche Tätigkeit), wird man mit Lotmar auf Grund der Worte des § 273: „sofern nicht aus . . . ." das Zurückbehaltungsrecht für ausgeschlossen erachten.

2. Die Regel ist offenbar als Dispositivnorm, nicht aber als bloße Auslegungsregel gedacht (so auch Lotmar S. 723); ein anderes kann ausdrücklich wie stillschweigend vereinbart werden.

3. Über **Vorschuß- und Abschlagszahlung** s. Lotmar S. 387ff. Jene liegt vor, wenn die Vergütung vor Eintritt der Fälligkeit gezahlt wird, nachdem aber bereits die Arbeit ganz oder teilweise vollzogen war. Sie ist regelmäßig Sache der Parteiabrede, kann aber auch durch Arbeitsordnung oder Tarifvertrag allgemein angeordnet sein. Der Vorschuß ist, wie in Vorbem. 7 vor § 607 entwickelt, im allgemeinen keineswegs ein Darleben, sondern antizipierte Lohnzahlung.

4. **Fälligkeit von Naturalvergütungen?** An sich bezieht § 614 sich auch auf sie. Es kann aber gemäß ihrer Beschaffenheit das Gegenteil als stillschweigend vereinbart anzusehen sein, Lotmar S 723. Ja, das dürfte sogar in den meisten Fällen zutreffen, weil und soweit die Naturalvergütung ihrer Eigenart nach, sowie zur Hintanhaltung einer unverhältnismäßigen Schädigung des Arbeitspflichtigen oder auch der ihm obliegenden Arbeit keinen Aufschub verträgt.

§ 615.

Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muß sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

E. I 561, E. II 557, RB. 609. — Mot. S. 463—4, Prot. II S. 280—4.

Literatur: Reinhard, SächsArch. 7 42ff., Bonn, Die Fälle der Anrechnung im Dienstvertrag nach BGB. und GewO., Diss., Heidelberg 1905, Sigel aaO. S. 50ff.

1. **Bisheriges Recht:** Der Einfluß der Nichtannahme oder des Nichtannehmenkönnens der Dienste durch den Berechtigten ist von den einzelnen Rechten sehr verschieden geregelt worden. Nach dem GR. ging der Pflichtige des Anspruches auf die Gegenleistung dadurch nicht verlustig, daß der Berechtigte ohne Schuld des Pflichtigen die Dienste nicht annehmen will oder kann („eum per eum non stetit, quominus

operas praestet", ll. 19 § 9. 10, 38 pr. D. 19,2), nur mußte er sich das durch anderweite Arbeit in der vertragsmäßigen Zeit Gewonnene abziehen lassen. A. A. allerdings teilweise die recht anfechtbare Entscheidung des RG. Bd. 3 Nr. 51 S. 179ff. Ähnlich SächsGB. §§ 1235, 1239.

Das Preußische Landrecht dagegen ließ den Lohnanspruch zwar zu bei Annahmeverweigerung des Berechtigten, aber nicht, wenn die Leistung durch Ereignisse in der Person des Dienstherrn oder eines dritten unmöglich geworden ist, s. I, 11, § 878; I, 5, §§ 1408—9; Mot. S. 462.

2. **Standpunkt des BGB.**: Es entscheidet die Frage nicht allgemein, sondern nur für den besonderen Fall, daß der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug geraten ist. Mangels der Regel des § 615 würde alsdann der Dienstpflichtige wegen seiner Vorleistungspflicht nur den Anspruch auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung erheben können, § 322 Abs. 2 und Bem. dazu. Das würde aber seinem Interesse in keiner Weise genügen, weil ihn die Notwendigkeit einer Nachleistung der früher nicht angenommenen Dienste in der sonstigen Verwertung seiner Arbeitskraft hemmen würde, ohne daß er dafür in der Zeit des unnützen Wartens nach eingetretenem Annahmeverzug ein Äquivalent erlangt hätte. „Dem Dienstvertrage wohnt regelmäßig die Eigenschaft einer Art von Fixgeschäft bei", Mot. S. 461.

a) Demgemäß gewährt § 615 dem Dienstpflichtigten einerseits für die Zeit, während deren infolge des Verzuges die Dienste nicht angenommen sind, den Anspruch auf den Lohn, ohne daß er andererseits zur Nachleistung verpflichtet wäre; der Gegner kann also wegen jener insbesondere die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht mehr geltend machen. Dieser Lohnanspruch aus § 615 ist seiner rechtlichen Natur nach keineswegs ein Ersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse, sondern einfach der alte, vertragsmäßige Lohnanspruch. Das ist wichtig besonders wegen Forthaftung der Pfänder und Bürgen sowie wegen der dem Lohnanspruch anhaftenden Pfändungs- und Aufrechnungsprivilegien. Es ergibt sich unzweideutig aus Wortlaut und Sinn der Vorschrift und entspricht der Behandlung anderer gleichliegender Fälle im Gesetz, s. §§ 324 und 649 sowie Bem. dazu. So auch die herrschende Lehre, s. Kisch, Unmöglichkeit S. 83, Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 38, Bonn S. 81—2, Sigel S. 78ff.

Der Lohnanspruch bleibt grundsätzlich in seiner Höhe ungeschmälert. Das gilt an sich sowohl von Geld- wie von Naturalentlohnung. Doch ist die letztere vielfach für die Vergangenheit unnachholbar, und der Anspruch auf sie dürfte sich insoweit in der Regel ohne weiteres in einen Geldanspruch umwandeln; s. auch Lotmar S. 732, Kober-Staudinger zu § 628, IVb. Die Frage ist besonders in Betracht gezogen worden in Bezug auf Dienstwohnungen; s. ihretwegen Burchardt, DJZ. 00 265, Böhm, Recht 03 479, Meyer das. S. 356, anders Fischer das. S. 335; s. auch RG. 22 Nr. 6 S. 35. An sich bleibt der Anspruch auf sie auch bei Annahmeverzug des Dienstherrn oder vorzeitiger Entlassung des Arbeiters bestehen, nach dem keine Ausnahme dafür anerkennenden Text. Aber unterschiedslos kann das nicht gelten; es ist möglich, daß die Dienstwohnungen und sonstigen Naturalleistungen in einem so untrennbaren Zusammenhang mit der Arbeitsleistung stehen, daß sie nicht mehr gewährt werden können, wenn diese — und sei es auch zu Unrecht — nicht angenommen wird. Da der Dienstpflichtige keinen Anspruch hat auf Abnahme der Dienste, so kann er auch nicht die damit untrennbaren Teile der Vergütung zwangsweise durchsetzen. Vielmehr ist anzunehmen, daß der Anspruch aus § 615 sich auf den Wert derartiger Naturalleistungen richte. Das rechtfertigt sich für viele Fälle schon aus § 325: Der Dienstberechtigte hat durch einen ihm zu vertretenden Umstand die Erfüllung der ihm obliegenden Pflicht zu jenen Leistungen unmöglich gemacht, und zwar in einer den Schadensersatz durch Naturalleistung (§ 249) ausschließenden Weise. Traf ihn freilich an der Nichtannahme der Dienste keine Schuld, so greift dieser Gedanke nicht durch; wohl aber wird man alsdann nach Analogie von § 615 einen Anspruch auf den Wert der unmöglich gewordenen Naturalleistungen anzuerkennen haben.

Nur trifft den Dienstpflichtigen die Anrechnungspflicht nach S. 2:

α) wegen des durch die unterbliebene Dienstleistung Ersparten, z. B. Materialien, Fahrgelder, Lohn für Gehilfen.

β) wegen des durch anderweite Verwendung seiner Dienste Erworbenen. Dies natürlich nur, soweit der Erwerb während der vertragsmäßigen Zeit, also in der Regel auch gerade während der nach dem ersten Vertrage aufzuwendenden Arbeitsstunden, gemacht wurde (RG. in JW. 1903 Beil. 11 S. 99 und Entsch. 58 Nr. 102

S. 404). Daß der anderweite Erwerb gerade durch Dienste der vertragsmäßigen Art erzielt werde, ist dagegen nach dem zweifelsfreien Sinn unnötig, Bonn S. 12. Wie nach dem insoweit gleichartigen § 324 ist auch hier nur erfordert, daß der Arbeiter die dem Dienstberechtigten zur Verfügung zu stellende Arbeitskraft irgendwie anderweit verwertet hat. Das kann sinngemäß auch dadurch geschehen, daß er seine Arbeitskraft auf eigene Rechnung, durch Einrichtung eines eigenen Geschäfts, nutzbringend verwertet; die gegenteilige Entsch. des OLG. Karlsruhe vom 25. I. 1900 DJZ. 00 364 ist bedenklich; sie beruht auf einer unstatthaft engen, wörtlichen Auslegung des Gesetzestextes („Dienste").

γ) der Gruppe β steht das gleich, was der Dienstpflichtige hätte erwerben können, aber „böswillig" zu erwerben unterlassen hat.

Alle drei Gruppen entsprechen der Bestimmung in § 324, s. Bem. 3—4 dazu, namentlich auch wegen des Begriffes „böswillig", der wohl mit „absichtlich" gleichbedeutend sein dürfte, v. Frankenberg, DJZ. 03 196. Unter den Gesichtspunkt zu c gehört es auch, wenn der Arbeitgeber selbst dem Arbeiter wiederum Beschäftigung anbietet und dieser sie ablehnt, v. Frankenberg aaO. und dort zitierte Entscheidungen, s. auch Neumann, Jahrb. I, 385; II, 342. Dabei braucht die angesonnene neue Tätigkeit nicht ganz der früheren, vertragsmäßigen zu entsprechen: tut sie das, so wird der Tatbestand des § 615 hinfort überhaupt nicht mehr vorliegen. Vielmehr genügt das Angebot einer ähnlichen Tätigkeit (v. Frankenberg), ja wohl überhaupt einer solchen, deren Übernahme dem Arbeiter nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zugemutet werden darf. Nur dann wird man mit v. Frankenberg den Arbeiter zur Ablehnung des Ansinnens allgemein für befugt erachten, wenn „ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers vorliegt, welches die Forderung des Wiedereintritts in den Dienst als eine unbillige Zumutung erscheinen läßt". S. auch Staub zu HGB. § 70 Anm. 8.

b) Begriff der Anrechnung (s. Bonn S. 76ff., 84; Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 20ff.). Sie ist keineswegs eine Aufrechnung verschiedener Forderungen, sondern die Minderung einer einzigen Forderung durch den Eintritt einer rechtsvernichtenden oder -mindernden Tatsache. Sie tritt allerdings nicht ipso iure ein, sondern nur durch Anrechnungserklärung des Schuldners, Bonn S. 89, vorher liegt nur ein Schwebezustand vor, S. 94. Der Schuldner beruft sich dabei auf einen vom Gläubiger — nicht notwendig, wie Bonn will, auf Kosten des Schuldners — erlangten Vermögensvorteil.

Daraus ergibt sich, daß die Berücksichtigung des anderweit Verdienten äußerstenfalls zur Herabdrückung des Lohnanspruches auf Null führen, nie den Arbeitnehmer zu einer positiven Leistung an den (im Annahmeverzug befindlichen) Arbeitgeber verpflichten kann. Ein klagbarer Anspruch auf den Verdienstüberschuß steht diesem nicht zu; nur kann er, wenn er etwa den Lohn vorausbezahlt hatte und nachträglich ein Anrechnungsposten beim Arbeiter eintritt, den gezahlten Lohn selbst insoweit mit einem Bereicherungsanspruch (condictio indebiti oder ob causam finitam) zurückfordern, RG. Bd. 58 Nr. 102 S. 405.

Andererseits vollzieht sich die Anrechnung auf den ganzen nach § 615 zu fordernden Lohn, nicht etwa nur auf den Teil des Lohnanspruches, der auf die Zeit der anderweiten Arbeitsleistung entfällt. So mit Recht RG. 58 Nr. 102 S. 404 (ein Schauspieler war vertragswidrig entlassen, er spielt während der Vertragsdauer einen Monat hindurch in Amerika gegen eine der vertragsmäßigen weit überlegene Gage. Das RG. verwirft sein Begehren, daß die amerikanische nur auf eine einzige der vereinbarten Monatsgagen angerechnet werde).

c) **Eine völlige Befreiung** des Dienstpflichtigen von seiner Leistungspflicht über das Gesagte hinaus tritt infolge des gegnerischen Annahmeverzuges nicht ein; nur zur „Nachleistung" ist er nicht mehr verpflichtet, wohl aber zur Leistung der noch übrigen versprochenen Dienste, sobald sich der Berechtigte zu ihrer Annahme nachträglich bereit erklärt.

Wohl aber dürfte die Pflicht zur Dienstleistung außer Kraft treten, wenn der Dienstpflichtige eine anderweite Stellung erlangt hat, soweit ihm das Aufsuchen und die Annahme einer solchen dem ersten Dienstberechtigten gegenüber gestattet ist. Aber wenn dem so sei, ist eine schwierige und bestrittene Frage. Daß es ihm während der Dauer des ersten Dienstvertrages nicht schlechthin verwehrt sei, seine vom Dienstberechtigten nicht in Anspruch genommenen Dienste anderweit zu verwerten, ergibt sich äußerlich daraus, daß Satz 2 eine solche anderweite Verwertung als möglich

unterstellt, und rechtfertigt sich innerlich damit, daß sie sowohl im Interesse des dadurch entlasteten Dienstberechtigten liegt — wegen der Anrechnungsbefugnis — wie in dem an Betätigung einer vorhandenen Arbeitskraft beteiligten sozialen Interesse.

Aber daraus folgt nicht eine unterschiedslose Befugnis der geschilderten Art in allen Fällen des Annahmeverzuges (s. auch die Bem. zu dem ähnlichen § 552 bei der Miete). Man wird vielmehr scheiden müssen:

α) Hat der Dienstberechtigte den Arbeiter geradezu entlassen, so hat er dadurch in aller Form gezeigt, daß er auf seine Dienste verzichten, mit ihm nichts mehr zu tun haben will. Hier wird man dem Arbeiter ohne weiteres das genannte Recht geben; es wäre unerträgliche Schikane, wenn der entlassende Arbeitgeber sich nachher dem Arbeiter gegenüber auf die Rechtsunwirksamkeit seines eigenen Entlassungsaktes berufen wollte.

β) Ist er aber ohne Entlassung nur in gewöhnlichen Annahmeverzug geraten, so wird es im allgemeinen den Grundsätzen von Treu und Glauben entsprechen, daß der Arbeiter ihm vor dem Antritt eines anderweiten Dienstverhältnisses seine bezügliche Absicht tunlichst mitteilt. Ein Formalerfordernis, wie nach § 295, ist das freilich nicht mehr. Mag es auch zuweitgehen, ihm mit Staub (Anm. 7 zu § 70 HGB.) ein solche Pflicht sogar nach der Entlassung noch aufzuerlegen, so dürfte sie im Fall des bloßen, leicht ohne Verschulden und selbst ohne Kenntnis des Gläubigers eintretenden Annahmeverzuges doch wohl als Regel anerkannt werden müssen.

Eine Beendigung des Dienstverhältnisses liegt aber in der Annahme einer anderweiten Beschäftigung keineswegs (anders Bonn S. 9). Der Wortlaut des § 615 spricht nicht dafür, auch nicht der Sinn. Man denke an den Fall, daß die neue Stellung nur vorübergehend übernommen ist oder vorzeitig ihr Ende erreicht — soll hier nicht der Anspruch des alten Dienstberechtigten für den Rest der Vertragsdauer wieder geltend gemacht werden können? Vor allem scheitert diese Meinung an der Fortdauer des alten Lohnanspruches, wie § 615 sie vorbehaltlich der Anrechnungsbefugnis des Gegners ausdrücklich ausspricht. Wäre der Vertrag aufgelöst, so könnte dieser Anspruch nur den Charakter eines Schadensersatzanspruches aufweisen, was er nach der von Bonn S. 7, 81—2 selbst geteilten herrschenden Meinung nicht tut. So hat in Wahrheit die Annahme einer anderweiten Beschäftigung nur die Bedeutung, den Anspruch des ersten Dienstherrn aus dem Gesichtspunkt einer von diesem zu vertretenden Leistungsunmöglichkeit (§ 324) soweit zu beseitigen, als der Arbeiter nunmehr die ursprünglich versprochenen Dienste nicht mehr zu leisten vermag. Übrigens bleibt der erste Dienstvertrag in Recht und Pflicht bestehen, vorbehaltlich der Anrechnungsbefugnis.

Das ändert sich auch nicht, wenn der Arbeiter grundlos entlassen ist (s. über diesen Fall besonders Fieberg, DJZ. 04 483 ff., Bonn aaO. S. 8 ff.). Weder die Entlassung kann den Vertrag beseitigen, noch die auf sie hin vollzogene Aufsuchung eines anderen Dienstverhältnisses. Diese kann auch nicht als Annahme eines in der Entlassung etwa zu findenden Angebots zu einer vertragsmäßigen Aufhebung des Dienstverhältnisses erachtet werden. Denn wenn schon eine derartige Konstruktion des Entlassungsaktes gezwungen erscheint, so hat der Arbeiter vollends keinerlei Anlaß, darauf einzugehen, da er damit seinen Lohnanspruch mindestens in futurum verlieren würde.

Will der Dienstpflichtige wegen grundloser Kündigung des Berechtigten vollständig vom Vertrage loskommen, so wird er das besser auf andere Weise versuchen: er wird zunächst in jener in aller Regel einen „wichtigen Grund" erblicken dürfen, der ihm seinerseits das Recht vorzeitiger Kündigung gibt, § 626; diese aber beläßt ihm, weil durch „vertragswidriges Verhalten" des Gegners veranlaßt, nach § 628 Abs. 2 einen Schadensersatzanspruch. Das setzt freilich voraus, daß die Entlassung ungerechtfertigt war, und darüber kann, wie Staub aaO. treffend bemerkt, bei der häufigen Unklarheit der Sachlage erst der Richterspruch Gewißheit bringen. Man wird daher dem Arbeiter statt dessen im allgemeinen mehr empfehlen, von der ihm nach § 615 freistehenden Aufsuchung eines andern Dienstverhältnisses Gebrauch zu machen: denn alsdann behält er mindestens, auch wenn die Entlassung als berechtigt erwiesen wird, das Erträgnis dieser neuen Beschäftigung, während er für den entgegengesetzten Fall außerdem den Überschuß des im ersten Vertrage vereinbarten Lohnes beanspruchen kann.

Daß bereits durch die Entlassung dem Angestellten die Fortsetzung der Dienste unmöglich gemacht wird (so Fieberg S. 486), dürfte zu weit gehen; das trifft doch

höchstens für den Teil der Dienste zu, die bis zu der immerhin möglichen Sinnesänderung des Dienstherrn zu leisten gewesen wären, und auch insoweit nicht unterschiedslos. Es muß daher auch Bedenken erwecken, wenn das Erk. des OLG. Marienwerder vom 8. IV. 1902, Rspr. V S. 32, dem entlassenen Arbeiter ohne weiteres Ansprüche nach § 324 statt nach § 615 zubilligt. Dies, um dem Arbeiter die nach Staub aaO. Anm. 7 und dem RG., 21. IX. 1903, Rspr. VII S. 472 obliegende Notwendigkeit zu entziehen, den Arbeitgeber erst noch besonders in Annahmeverzug zu versetzen. Dies Ziel scheint erstrebenswert, kann aber auch auf andere Weise erreicht werden: denn es ist trotz § 295 (s. Bem. 3 dazu) stark zu bezweifeln, ob ein Angebot auch dann noch erforderlich sei, wenn der Gläubiger von vornherein nicht nur die Annahme der Leistung verweigert, sondern darüber hinaus das ganze Schuldverhältnis, soweit an ihm liegt, aufzuheben versucht hat. So auch Bonn S. 9, Fieberg S. 484—5.

d) **Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges** sind die allgemeinen, s. §§ 293 ff. Besondere subjektive Momente setzt er nicht voraus. Dagegen ist er ausgeschlossen oder fällt nachträglich wieder fort, wenn die Leistung objektiv unmöglich wird, s. dazu und gegen die abweichende Lehre Koblers Anm. 3 zu § 293. Von diesem Fall redet § 615 nicht, denn er beschränkt sich auf diejenigen, wo die Leistung gerade „infolge des Verzuges" nicht angenommen ist. Das trifft aber offenbar da nicht zu, wo sie überhaupt nicht mehr angenommen werden kann, s. über diesen Fall und seine Behandlung unten Nr. 3. Daneben bleiben natürlich die allgemeinen Folgen des Annahmeverzuges unberührt.

3. **Ist die Leistung überhaupt nicht mehr möglich,** so hat man zu scheiden:

a) Der Grund liegt in der Person des Dienstpflichtigen. Alsdann kommt (neben § 325) § 616 zur Anwendung, s. Bem. dazu.

b) Der Grund liegt in der Person des Berechtigten. Darüber bestimmt das Gesetz nichts besonderes, es treten also die allgemeinen Regeln der §§ 323 ff. in Kraft:

α) Hat der Berechtigte die Unmöglichkeit verschuldet oder sonst zu vertreten, so behält der Pflichtige den Anspruch auf den Lohn, § 324, nur mit der dort angeordneten, mit § 615 übereinstimmenden Anrechnungsbefugnis des Gegners.

β) Dasselbe gilt, wenn die Unmöglichkeit nach eingetretenem Annahmeverzuge eintrat.

γ) Der Berechtigte hatte den, wennschon in seiner Person eintretenden, Umstand nicht zu vertreten (Tod, Abbrennen des Hauses); dann muß mangels sonstiger Anhaltspunkte § 323 zur Anwendung kommen, wonach der Anspruch des Pflichtigen auf die Gegenleistung erlischt. Das bleibt zwar hinter dem GR. zurück und ist für die arbeitenden Stände vielfach hart, ich sehe aber keinen Ausweg gegen diese Konsequenz. Denn die von Kohler urgierte Möglichkeit eines Annahmeverzuges (s. Nr. 2 a. E.) ist hier in Wahrheit nicht vorhanden. Die Analogie der Miete (§ 552) für unseren Fall heranzuziehen, dürfte allzu kühn sein. Anders freilich Sigel S. 54 ff., der aus § 616 glaubt ein argumentum a fortiori ziehen zu können. Aber dagegen sprechen die zu § 616 Nr. 1 b zu entwickelnden Grundsätze, wenn auch, zugegeben, nicht in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise. Bestenfalls müßte in den verbleibenden Anspruch eine dem § 616 entsprechende Beschränkung eingefügt werden („verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit"). Die gegenteilige Ansicht von Sigel kann sich nur auf die mehr als trügerische Analogie des Annahmeverzuges stützen.

Dasselbe gilt erst recht, wenn die Unmöglichkeit in einer objektiven Sphäre ihren Grund hatte.

Ob die Leistung unmöglich geworden sei, wird beim Dienstvertrag nicht selten zweifelhaft erscheinen, insbesondere dann, wenn die Betriebsstätte, überhaupt die Lokalität, wo die Dienste zu verrichten waren, untergegangen ist. S. Enneccerus S. 673, Planck Nr. 5. Grundsätzlich kann das keine den Vertrag aufhebende Unmöglichkeit bewirken. Arbeitsleistungen sind in der Regel nicht so lokalisiert, daß sie nicht an einen andern Ort oder Gegenstand übertragen werden könnten. Insoweit ist es auch gleichgültig, wenn nur der Arbeitgeber nach Untergang seiner Betriebsstätte persönlich keine Verwendung für die Dienste mehr hat. Doch kann sehr leicht mit der Lokalität die Dienstleistung als solche untunlich werden, so z. B. in der Regel bei Erdarbeiten, Reparaturarbeiten an einem Hause oder einer Mobilie, ärztliche Dienstleistungen mit dem Tode des Patienten, an dessen Körper sie „lokalisiert" sind. Zu weit geht aber Planck aaO., ebenso Türcke-Niebenführ. Nr. 2, wenn er im Zweifel

eine solche Lokalisierung annimmt. Der bloße Umstand, daß der Arbeitgeber keinen Vorteil mehr von den Diensten hat, etwa wegen Geld-, Material-, Absatzmangels, ist überall gleichgültig, es sei denn, daß man darin einen „wichtigen Grund" zur Kündigung zu sehen berechtigt sei. S. auch die Angaben bei Neumann, Jahrbuch II S. 338.

4. Anderes als nach § 615 (s. oben Bem. 2a) gilt im Konkurse nach KO. § 22 Abs. 2, wenn der Verwalter von dem ihm zustehenden Kündigungsrecht Gebrauch gemacht hat.

5. Für den **Beweis** gelten die allgemeinen Grundsätze. Insbesondere den Betrag und die Höhe des nach Satz 2 anzurechnenden muß der Dienstherr beweisen, da er sich darauf als eine rechtsvernichtende oder doch -mindernde Tatsache beruft. Jedoch wird bei gewöhnlichen Arbeiten, die überall Abnehmer finden, eine Verwertungsmöglichkeit in der Regel unterstellt werden können, so daß die unterlassene Verwertung leicht ohne weiteres als „böswillig" erscheinen mag. Das dürfte sich schon aus dem Prinzip des § 242 entnehmen lassen.

§ 616.

Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Er muß sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt.

E. I 562, E. II 557; RV. 609 — Mot. S. 463—64, Prot. II S. 280—84.

Literatur: v. Blume, Recht 02 6ff., Bonn (s. zu § 615) S. 14ff., Titze, Unmöglichkeit S. 291ff., Kisch, Unmöglichkeit S. 182 und die dort Anm. 40 Zitierten.

1. **Voraussetzungen:** a) Nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB. müßte der Dienstpflichtige, soweit er seine Dienste unverschuldeterweise nicht leisten kann, den Anspruch auf die Gegenleistung verlieren, sei es ganz, sei es teilweise (§ 323). In Anlehnung an das HGB. Art. 60 und eine im GR. wenigstens für die locatio conductio rei aufgestellte, auf die l. c. operarum analog anzuwendende Lehre (s. ll. 24 § 4, 27 pr. D. 19,2) hat das BGB. aus wohlbegründeten sozialen Rücksichten die Sonderbestimmung des § 616 aufgenommen. Die Beschränkung der Entwürfe auf den nach Zeitabschnitten bemessenen Lohn ist vom Reichstag ausgemerzt.

b) Die Bestimmung findet Anwendung, wenn der Dienstpflichtige durch einen „in seiner Person liegenden Grund" an der Leistung gehindert wird. Dahin gehört z. B. (s. auch Sigel S. 58ff.) Krankheit, Kriegsgefangenschaft, militärische Einziehung, Schöffen- oder Geschworenendienst, Beteiligung als Urwähler oder Wahlmann an den Reichstags- und Landtagswahlen (richtig „Vorwärts" vom 13. IV. 1902), da das Wahlrecht vom sittlich-politischen Standpunkt aus zweifellos auch eine Pflicht ergibt; bei weiblichen Dienstboten Entbindung, es sei denn, daß die Schwangerschaft durch sittliches Verschulden herbeigeführt ist (s. Bem. c); unter Umständen wird auch Tod oder Krankheit naher Angehöriger, die etwa der Pflichtige zu pflegen hatte, einen Hinderungsgrund abgeben können. Wie aber, wenn der Grund in einer objektiven Sphäre lag, z. B. jener konnte bei Verkehrsstörungen, Absperrungen und dergl. nicht an den Ort der Dienstleistung gelangen? Nach Aufl. 1 sollte alsdann, sofern nicht die Leistung objektiv unmöglich geworden und damit der Vertrag aufgehoben ist, den Satz des § 616 umsomehr anzuwenden sein, da der Dienstleistende für solche Umstände noch weniger, als für die immerhin in seiner Person eintretenden, verantwortlich zu machen sei. Ebenso Dernburg § 305, III, im Ergebnis auch wohl v. Blume S. 8, anders Planck Nr. 5, Titze S. 295, vermittelnd Kober-Staudinger III, 1b: § 616 solle dann anwendbar sein, wenn die in einer objektiven Sphäre entstandenen Ereignisse gerade auf die Person des Dienstleistenden zurückwirken, z. B. ihn am Erscheinen gehindert haben. Das trifft für meine Beispiele zu, und mehr hat die Aufl. 1 auch wohl nicht gemeint, mochte auch ihre Formulierung, zugegeben, mißverständlich sein. In dem weiten Umfange Dernburgs jedenfalls kann ich das früher Gesagte nicht mehr aufrechterhalten. § 616 ist in der Tat, wie Titze bemerkt, ein Ausnahmesatz,

der analoger Erstreckung nicht fähig sein dürfte. Auch kein arg. a fortiori wird sich ziehen lassen: denn die auf seine Person nicht einwirkenden objektiven Ereignisse (z. B. Landestrauer, die den Sänger oder Schauspieler am Auftreten hindern; Ausbruch eines Krieges) entziehen ihm in der Regel nicht die Möglichkeit anderweiter Verwertung seiner Arbeitskraft, etwa an einem dritten Ort, während das bei den ihn persönlich treffenden Ereignissen meist anders ist. Was er hier von dritter Seite, etwa als Rente, Gebühr und dergl. erhält (s. unten Nr. 2), stellt meist ein unvollkommenes Surrogat dar und ist zudem wenigstens teilweise auf den Lohnanspruch aus § 616 anzurechnen. Ist dieser ein Ergebnis sozialer Fürsorge für die schaffenden Stände, deren ökonomische Existenz tunlichst von persönlichen Zufällen unabhängig gemacht werden soll, so verträgt, ja erfordert dieser Gedanke die entsprechende Einschränkung des Geltungsgebietes. Die Arbeiter darüber hinaus zu sichern, enthielte eine Einseitigkeit zu Lasten der Arbeitgeber.

Doch ist scharf darauf zu achten, ob der Zufall nicht in Wahrheit statt der Leistung nur die Annahme der Dienste gehindert hat: sind jene als solche möglich geblieben, und der Dienstberechtigte kann nur von ihnen keinen Gebrauch machen, so erhält sich der Anspruch des Dienstpflichtigen, s. oben Bem. 3 a. E. zu § 615. Allerdings können auch, wie dort dargelegt ist, Ereignisse in der Person des Dienstherrn die Dienstleistung selbst unmöglich machen.

c) Die Bestimmung setzt **unverschuldete** Verhinderung voraus. Wann sie vorliege, ergibt sich aus § 276, s. Bem. dazu. Ob der Pflichtige nach § 278 die durch seine Gehilfen verschuldete vertreten muß, ist zweifelhaft und m. E. zu verneinen; das Gesetz in § 616 verlangt geradezu „**sein**“ Verschulden; hätte es davon unter Umständen absehen wollen, so würde es, wie sonst (s. z. B. §§ 323, 325), allgemeiner von einem vom Dienstpflichtigen zu vertretenden Umstand geredet haben.

Als „Verschulden“ wird man es insbesondere auch anzusehen haben, wenn der Pflichtige den die Dienstleistung hindernden Umstand zwar nicht selbst schuldhaft herbeigeführt hat, aber trotz seiner Voraussehbarkeit und unter Verschweigung dessen das Dienstverhältnis eingegangen ist, z. B. er verheimlicht den Umstand, daß er demnächst auf ärztliches Gebot eine Kur beginnen, eine militärische Dienstleistung antreten muß.

Ferner wird als Verschulden auch eine **sittliche Schuld** zu gelten haben, z. B. eine unverehelichte Arbeiterin läßt sich schwängern. So auch Kober-Staudinger III, 2. Wegen der Frage des außerehelichen Geschlechtsverkehrs überhaupt s. Bonn S. 18, der ihn mit Unrecht und ohne beachtenswerte Gründe als kein Verschulden enthaltend bezeichnet. Die Rechtsordnung muß es ablehnen, vor den laxen Grundsätzen einzelner Kreise zu kapitulieren!

d) Die Verhinderung muß sich auf eine „**verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit**“ beschränken. Wann solche vorliege (s. dazu Bonn S. 20; v. Blume aaO.; v. Schulz-Schalhorn, Gewerbegericht Berlin S. 195 mit Angaben aus der Praxis; Stammler, Richtiges Recht S. 361; weitere Angaben in Neumanns Jahrbuch I 386—7, II 344—5), ergibt die Eigenart des Einzelfalles; es kommt u. a. die Dauer der Verhinderung einerseits, die Natur der Dienste und die Dauer des Dienstverhältnisses andererseits in Betracht — hierauf allein will Bonn S. 20 als das wesentlichste Beurteilungsmoment gesehen wissen —; aber das nicht allein: die Zeit der Hinderung muß nicht nur quantitativ, sondern auch und gerade gegenüber dem konkreten Geschäftszweck nicht erheblich sein; es kommt darauf an, ob, wie l. 24 § 4 cit. sagt, dem Gegner „omnia in integro sunt“. Wenn die gewerbegerichtliche Praxis dazu neigt, eine nicht über die gesetzliche oder vertragsmäßige Kündigungsfrist hinausgehende Hinderung als eine den Anforderungen des Textes entsprechende zu erachten, so wird das meist zutreffen, läßt sich aber als mechanische Regel schwerlich rechtfertigen. Dasselbe gilt von den bei Nelken, DJZ. 03 213 herangezogenen Gesichtspunkten, wonach die in GewO. § 133c Abs. 2 enthaltene sechswöchige Frist und die bei militärischen Übungen vorkommende achtwöchentliche Frist als im Sinne des § 616 nicht erheblich zu erachten sind (ebenso wie Nelken die bei Warneyer BGB. zu § 616 Nr. 1 angezogene gewerbegerichtliche Praxis, die aber mit Recht den Fall einer freiwilligen militärischen Dienstleistung umgekehrt entscheidet). S. auch die Angaben bei Neumann III S. 255 (insbesondere den Erlaß des Preußischen Justizministeriums JMBl. 04 271), Hilse, Recht 04 598.

Ähnlich wie hier soll nach v. Blume die Entscheidung aus der „Gesamtlage der beteiligten Personen“ getroffen werden.

2. **Bedeutung für den Lohnanspruch**: Sind die Voraussetzungen der Nr. 1 vorhanden, so bleibt derselbe an sich trotz der Hinderung unberührt, er verwandelt sich nicht etwa in einen Ersatzanspruch (s. Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 40), von dem hier natürlich noch weniger als im Fall des § 615 geredet werden kann. Dabei trifft den Dienstpflichtigen die in Satz 2 angegebene Anrechnungspflicht. Diese ist aber hier viel weniger weitgehend, als die im § 615 statuierte, sie ergreift nur die aus der „auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- und Unfallversicherung" zukommenden Beträge, s. die bei § 394 Nr. 2 angegebenen Gesetze. Jedoch ist mit Planck Nr. 3a eine Verpflichtung auf Grund von Ortsstatut oder Polizeiverfügung einer gesetzlichen gleichzustellen.

Es sind also **nicht anzurechnen**:

a) das sonst während der Hinderung Verdiente, z. B. Löhnung als Soldat, Gebühren als Zeuge oder Sachverständiger. So auch Planck Nr. 3c. Anders mit beachtenswerten Gründen Bonn S. 34ff. (s. dort Anm. 6 weitere Angaben), der aus Satz 2 ein argumentum a fortiori herleiten zu dürfen glaubt. Aber dagegen ist zu bedenken, daß die im Text genannten Bezüge zwar keineswegs immer, aber doch großenteils durch Leistungen des Arbeitgebers erkauft worden sind, während die hier aufgeführten Verdienste diese nach ihrer Eigenart von vornherein doch nichts angehen, für sie eine res inter alios acta darstellen.

b) das als Schadensersatz von einem dritten Verletzer auf Grund des Haftpflichtgesetzes oder einer privaten Unfall- oder Krankenversicherung Erlangte. So auch Bonn S. 34.

c) auch nicht gesetzliche Alters- und Invalidenrenten. Selbst die sonstige Zulassung der compensatio lucri cum damno kann daran nichts ändern, da es sich in § 616 nicht um einen Schadensersatz-, sondern um einen Lohnanspruch handelt.

3. Die Voraussetzungen der Nr. 1, namentlich auch seine Schuldlosigkeit, muß der Dienstpflichtige **beweisen**.

4. Daß sich der Satz im Zweifel auf neben oder statt des Lohnes gewährte Naturalverpflegung nicht beziehe, wird mit Recht von Planck Nr. 4 betont; dafür ließe sich auch der alimentenähnliche Charakter solcher Leistungen und damit die Analogie von § 1613 verwerten. So auch Titze S. 294, weil diese Art Vergütung nicht nachholbar, ihre Leistung durch den die Dienstleistung hindernden Zufall somit unmöglich geworden sei; anders Dernburg § 305, IIIb.

5. Endlich steht einer abweichenden Abrede nichts im Wege, soweit darin kein Verstoß gegen § 138 zu finden ist. So auch die meisten, v. Blume S. 7, Bonn S. 27, Kober-Staudinger Nr. V, Schalhorn, Gewerbegericht Berlin S. 158 („leider") und die dort S. 196 referierte vorwiegende — freilich nicht ausnahmslose — gewerbegerichtliche Praxis, Sigel S. 63, Stammler, Richtiges Recht S. 361 (der auf etwaige Korrekturen aus § 242 hinweist), Titze S. 296.

Anders Fuld, Soziale Praxis 7 S. 790, Lotmar, Arbeitsvertrag S. 220 (andeutungsweise), Ehrlich, Zwingendes und nichtzwingendes Recht S. 89—90, Nelken, DJZ. 1903 S. 211, Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung S. 29 (dort weitere Angaben).

Rechtspolitisch hat die zweite Meinung manches für sich; man wird aber ihrer dogmatischen Berechtigung um so ernstere Bedenken entgegensetzen, als aus der Nichterwähnung des § 616 in dem die benachbarten §§ 617—8 für zwingend erklärenden § 619 ein nahezu absolut sicheres argumentum a contrario entnommen werden muß.

§ 617.

Ist bei einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte ihm im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus, zu gewähren, sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt

worden ist. Die Verpflegung und ärztliche Behandlung kann durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden. Die Kosten können auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden. Wird das Dienstverhältnis wegen der Erkrankung von dem Dienstberechtigten nach § 626 gekündigt, so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht.

Die Verpflichtung des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist.

Neuerung der Reichskommission, Ber. S. 47—8, s. auch Prot. II S. 284—9.

Literatur: Bonn aaO. S. 39 ff.; Siegfr. Schultzenstein, ArchBürgR. 23 219 ff.

1. **Allgemeines:**

Die Vorschrift ist eine der vom Reichstag aus sozialpolitischen Gründen (s. Ber. S. 47—8) eingefügten Neuerungen, lehnt sich übrigens an ähnliche, wennschon meist weniger weitgehende, Bestimmungen mancher Gesindeordnungen (so namentlich die Preußische §§ 86—91) an. Daß sie sich zunächst nur auf die Dienstverhältnisse des BGB., nicht auf die durch Spezialgesetz geregelten erstreckt, bedarf keiner Erwähnung, jedoch ist sie nach EG. Art. 95 Satz 2 fortan auch auf den Fall des Gesindevertrages insoweit anzuwenden, als die Gesindeordnungen nicht noch günstigere Sätze für die Dienstpflichtigen enthalten, wie z. B. in Preußen, §§ 86—87 cit.

2. **Voraussetzungen:** Es muß sich handeln:

a) um ein **dauerndes** Dienstverhältnis, s. dazu Bonn 43 ff.; Schultzenstein S. 239 ff., weitere Angaben bei Neumann, Jahrbuch 2 348. Wann ein solches vorliegt, ist Tatfrage, das Gesetz gibt hier so wenig wie in anderem Zusammenhang Anhaltspunkte. Fischer-Henle No. 2 läßt den Modus der Lohnzahlung, ob nach längeren oder kürzeren Perioden, entscheiden; nach Planck Nr. 4a soll es in der Regel nur darauf ankommen, ob der Dienstpflichtige in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist, während die Länge der Kündigungsfrist belanglos sei. Dagegen Schultzenstein S. 245. Auch ich glaube, daß beide Gesichtspunkte höchstens gelegentlich schätzenswerte Anhaltspunkte für die Beurteilung geben, entscheidend sind sie nicht. Der Gesichtspunkt von Bonn, es komme nur auf die rechtlich oder tatsächlich längere Dauer der Vertragszeit an, befriedigt ebensowenig — soll § 617 dann immer außer Anwendung bleiben, wenn das Dienstverhältnis bei Ausbruch der Krankheit noch nicht lange bestanden, also die Eigenschaft eines „dauernden" noch nicht im Sinne Bonns erworben hat? Es wird vielmehr darauf ankommen, ob ein Dienstverhältnis der in Frage stehenden Art normalerweise oder nach den erkennbaren besonderen Zwecken der Beteiligten nicht nur von vornherein als vorübergehendes angesehen wurde. So auch Schollmeyer S. 92; Kober-Staudinger III 1.

Dies Erfordernis ist aber, wie Lotmar S. 516—7 und nach ihm Schultzenstein zutreffend ausführen, in drei Fällen erfüllt (S. 249, 254): einmal, wenn das Verhältnis rechtlich, kraft Vertrages, auf längere Dauer angelegt ist, dann, wenn es nur tatsächlich darauf angelegt ist, endlich, wenn es nur tatsächlich längere Zeit hindurch gedauert hat. Ähnlich, wennschon allgemeiner, RG. vom 15. VI. 1904 in Rspr. IX S. 291: entscheidend ist, ob das Verhältnis nach der Verkehrsanschauung als solches von längerer Dauer erscheint.

Was aber „längere Dauer", was „vorübergehend" sei, dafür läßt sich ein mechanisches Zeitmaß nicht gewinnen; es kommt alles auf die Umstände und Verhältnisse an. Nur als allgemeiner Anhaltspunkt kann verwertet werden, daß das Leben solche Zeiträume, die nach Jahren oder Bruchteilen von Jahren berechnet zu werden pflegen, gewöhnlich als „dauernde" schätzt. Aber auch die Berechnung nur nach Monaten, unter Umständen selbst die nach Wochen, ist mit solcher Wertung nicht unvereinbar, s. dazu auch Schultzenstein S. 256 und dort zitierte.

Nach alledem wird z. B. bei der Anstellung eines Hauslehrers im Zweifel ein dauerndes, bei dem einer Kranken- oder Wochenpflegerin meist ein vorübergehendes Dienstverhältnis vorliegen. „Dauernd" ist auch das Dienstverhältnis dessen, der die Vorbereitung eines Schülers zum Abiturientenexamen übernommen hat, RG. in Rspr. IX S. 290.

b) daß Verhältnis muß **„die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder vorwiegend in Anspruch nehmen"**. S. dazu Schultzenstein S. 257. Entscheidend ist dabei nicht, ob der Dienstpflichtige aus dem Verhältnis allein oder vorwiegend seinen Erwerb findet (so Sigel aaO. S. 105), sondern ob es seine Zeit vorwiegend ausfüllt, Schultzenstein aaO. Der Arbeitstag muß dadurch ganz oder vorwiegend ausgefüllt werden. Nicht dahin gehört also u. a. in der Regel die Anstellung als Hausarzt, als Syndikus eines Grundbesitzervereins (wobei übrigens auch das Moment zu c) fehlen wird).

c) Der Dienstpflichtige muß **„in die häusliche Gemeinschaft** aufgenommen sein"; ob auf Grund des Vertrages oder freiwillig, ob anfänglich oder erst nachträglich, macht keinen Unterschied. S. darüber Schultzenstein S. 259ff.

Was dazu gehört, bestimmt sich wieder nach der Auffassung des Lebens, ohne daß weitere durch das Gesetz selbst gebotene Anhaltspunkte vorhanden sind. Wohnung im Hause des andern Teiles ist allein nicht ausreichend (anders anscheinend Lotmar S. 659), aber wenigstens in der Regel der Fälle wohl erforderlich. Bedeutsam wird ferner meist der Umstand sein, ob der Dienstpflichtige an den häuslichen Mahlzeiten der Familie des Dienstherrn Teil nimmt oder wenigstens aus dessen Küche beköstigt wird, ohne daß das doch unbedingtes Erfordernis wäre (Lotmar S. 658). Dagegen ist es verfehlt, mit Fischer-Henle No. 3 eine Unterstellung unter die häusliche Zucht des anderen Teiles zu fordern.

Wohl aber wird man sich mit der Formel Schultzensteins befreunden können, wonach „eine Unterstellung des Dienstpflichtigen in seinem dienstlichen wie außerdienstlichen Verhalten unter die Hausordnung des Berechtigten" entscheidend ist. Es fragt sich nur, wann dem so sei, und dafür kommen die hier aufgestellten einzelnen Momente in Betracht. Für unnötig ist es mit Lotmar S. 657 zu halten, daß die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft im Sinne der Naturalvergütung vollzogen sei; daß er für Kost und Logis einen Pensionspreis entrichtet und für seine Dienste anderweit entlohnt wird, steht ihr nicht entgegen.

d) Der Dienstpflichtige muß erkrankt sein. S. über den Begriff der **Erkrankung** Schultzenstein S. 268ff. Sie braucht nicht notwendig durch die dienstliche Tätigkeit (z. B. der Apothekergehilfe zieht sich durch die Tätigkeit im ungenügend geheizten Laden Gelenkrheumatismus zu; das Dienstmädchen infolge von Überanstrengung Bleichsucht) oder auch nur im Dienste (Erkältung in der zugigen, ungeheizten Schlafkammer) entstanden zu sein. Jedenfalls genügt eine nur während des Dienstes (z. B. Ansteckung mit Scharlach oder Masern auf einem Tanzvergnügen) entstandene Erkrankung. Zweifelhaft ist aber, ob eine bereits vor dem Dienstantritt begründete oder gar schon entstandene Krankheit die Pflichten des § 617 auszulösen vermöge. Der Wortlaut — „Erkrankung", nicht „Krankheit" — spricht eher dagegen; ihm folgen Crome § 258 Anm. 30; Cosack § 144, III 3 c ζ; Planck Nr. 4d; Kober-Staudinger Nr. IV, 1a und meine Aufl. 1 Nr. 3. Anders aber Schultzenstein S. 275, Bonn S. 48, sowie OLG. Frankfurt vom 9. XI. 1903 in Rspr. IX S. 289. Ihnen stimme ich jetzt bei: meine frühere Meinung würde schwierige, vielfach ohne sicheres Ergebnis bleibende Untersuchungen notwendig machen. Sie würde ferner den sozialpolitisch wohltätigen Zweck der Vorschrift gefährden, zumal der frühere Dienstherr, während dessen Herrschaftszeit der Grund zur Erkrankung gelegt war, in der Regel nicht mehr in Anspruch genommen werden könnte. Nur dann wird in dem hier unterstellten Falle der Dienstherr sich seiner Verpflegungspflicht entziehen können, wenn die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit wegen Irrtums oder Betruges (§§ 119ff.) gegeben sind und er davon Gebrauch macht. So z. B., wenn der Dienstpflichtige ein tuberkulöses oder krebsartiges Leiden oder eine — auch unverschuldet überkommene — Geschlechtskrankheit verschwiegen hatte.

Daß eine allgemeine Disposition des Pflichtigen zu Krankheiten der nachher wirklich eingetretenen Art auf den Anspruch, abgesehen allenfalls von betrüglichem Verschweigen, keinen Einfluß ausübe, wird auch von der Gegenmeinung zugegeben. Doch wird man in solchem Fall mit Planck Nr. 4a dem Dienstherrn unter Umständen ein Kündigungsrecht aus § 626 zubilligen.

Was den Begriff der Erkrankung anlangt, so dürfte er mit demjenigen der „Krankheit" zusammenfallen (Schultzenstein S. 269ff.) und sich mit Schultzenstein S. 272 definieren lassen als „ein anomaler körperlicher oder geistiger Zustand, welcher in der Notwendigkeit einer besonderen Verpflegung und ärztlichen Behandlung oder einer von beiden zu Tage tritt".

3. **Eigenart und Inhalt der Pflichten aus § 617:**

a) Wegen der **rechtlichen Natur** des Anspruchs s. Schultzenstein S. 224ff.; Bonn S. 50ff. Er beruht wohl nicht, wie mehrfach angenommen wird (z. B. Planck Nr. 2), auf der Idee eines durch Aufnahme des Dienstpflichtigen in die häusliche Gemeinschaft entstandenen familienrechtlichen oder familienähnlichen Verhältnisses; auch nicht auf einer besonderen „Treupflicht" des Dienstherrn (so Dernburg § 306, II–III); es handelt sich vielmehr um eine, dem leitenden Grundgedanken nach sozialpolitische, gesetzliche, mit dem Dienstverhältnis verknüpfte Verpflichtung, mit der eine Lücke der reichsrechtlichen Krankenversicherung ausgefüllt wird. So auch Bonn, Schultzenstein und Kober-Staudinger I, 2. Mit rein individualistischen oder privatrechtlichen Kategorien lassen sich Institute der hier in Rede stehenden Art niemals voll erfassen. Gegen die Bezeichnung Schultzensteins „Legalobligation" spricht allerdings, daß das Gesetz sie nur hypothetisch, falls ein Vertrag geschlossen wird, eintreten läßt.

b) **Inhalt der Pflichten**, s. Schultzenstein S. 277ff. Der Dienstherr muß dem Dienstpflichtigen die „erforderliche", d. h. nach der Eigenart des Falles zur tunlichsten Linderung, Einschränkung und Heilung des aufgetretenen Leidens dienliche Verpflegung — wozu auch z. B. Arzneien, event. besondere Kost gehören — und ärztliche Behandlung — die aber natürlich nicht schlechthin, selbst in den harmlosesten Fällen, erheischt werden kann — gewähren. Daß diese die Heilung als sicher oder auch nur wahrscheinlich erscheinen läßt, wird nicht erfordert; ebensowenig kann besondere Kostspieligkeit der übrigens als erforderlich zu erachtenden Behandlung die Pflicht an sich beseitigen. Aber natürlich kann nicht die Anwendung gerade der teuersten Arzneien, Anrufung der berühmtesten Spezialärzte gefordert werden: die Grenze ergibt, wie so oft, der Gesichtspunkt von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte.

Die Pflicht zur eigenen Verpflegung kann der Dienstherr abwenden durch Unterbringung des Bediensteten in eine Krankenanstalt. Eine Alternativobligation ist dadurch nicht begründet, sondern nur eine sog. facultas alternativa des Herrn; der Dienstpflichtige hat keinerlei Ansprüche auf diese Art der Behandlung. So auch Langheineken, Anspruch S. 208, Schultzenstein S. 286.

c) **Dauer der Pflichten**: Die Verpflegungs- und Behandlungspflicht ist nach dem Text zeitlich beschränkt; sie erreicht ihr Ende:

α) mit der Beendigung des Dienstverhältnisses;

β) längstens mit Ablauf von sechs Wochen.

Von wann diese Sechswochenfrist zu laufen beginne, kann fraglich erscheinen. Man wird mit Schultzenstein S. 284–5 nicht den — vielleicht schon weit zurückliegenden — Beginn der Erkrankung, sondern den Zeitpunkt des tatsächlichen Beginnes der Verpflegung als Anfangspunkt erachten. Die gegenteilige Auffassung könnte die Wohltat der Vorschrift leicht zunichte machen, hat auch schon den Wortlaut eher gegen sich.

Der Beendigungsgrund des Dienstverhältnisses ist gleichgültig; nur wenn erst auf die Erkrankung hin und direkt ihretwegen gekündigt worden ist, beendet der Ablauf der Kündigungsfrist mit dem Dienstverhältnis die Verpflegungspflicht noch nicht, läßt sie vielmehr bis zur Gesamtdauer von sechs Wochen weiter laufen.

4. **Anrechnungsbefugnis**: Da der Dienstberechtigte mit Übernahme der Verpflegung nur seine gesetzlichen Pflichten erfüllt, erwirbt er daraus weder vertragliche noch sonstige Ersatzansprüche. Jedoch kann er ausnahmsweise nach Satz 3 die Kosten — offenbar sowohl die der selbstübernommenen Verpflegung, wie der durch Aufnahme im Krankenhaus entstandenen — auf den Lohnanspruch des Bediensteten in Anrechnung bringen. Die juristische Konstruktion entspricht derjenigen in dem insoweit gleichartigen Fall des § 615 Satz 2, s. Nr. 2b daselbst, sowie der §§ 324 und 616; Bonn S. 3, 76ff., 82; Schultzenstein S. 290ff.; Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung S. 43. Es liegt keine Aufrechnung vor; auch der Gesichtspunkt in Aufl. 1, daß der Bedienstete nur einen alternativen Anspruch mit Wahlrecht seinerseits habe, entweder auf Übernahme der Behandlung für die fragliche Zeit oder auf Lohn dafür, erscheint als gezwungen, dagegen auch Bonn S. 76. Dagegen ist die Anrechnung der Vorteilsanrechnung beim Schadensersatzanspruch verwandt und unterscheidet sich von ihr

wesentlich nur dadurch, daß sie sich nicht auf einen Schadensersatz-, sondern auf einen vertragsmäßigen Lohnanspruch bezieht.

Wieweit aber der Lohn während der Krankheit überhaupt noch geschuldet werde, ist eine andere Frage. Soweit die Voraussetzungen des § 616 vorliegen, übt die Erkrankung auf den Lohnanspruch natürlich grundsätzlich keinen Einfluß; anders steht es hier nur um die Naturalvergütung, die während der Krankenpflege in weitem Umfang durch diese ersetzt wird, nicht etwa in ihrem Geldbetrage daneben noch gefordert werden kann, sowie für den Fall des Stücklohnes, der natürlich insoweit entfällt, als der erkrankte Arbeiter nicht arbeiten kann. Dagegen über § 616 hinaus kann der erkrankte Arbeiter keinen Lohn fordern, so auch Kober-Staudinger Nr. IV, 5; alsdann tritt die Verpflegungspflicht an Stelle der Entlohnungspflicht.

Das Gegenteil folgt nicht aus Abs. 1 Satz 3. Denn hier wird nur hypothetisch ein Fall unterstellt, in dem Vergütung während der Krankheit zu leisten ist, nicht ein Anspruch auf solche dem Erkrankten schlechthin gewährleistet. Auch daraus, daß das Arbeitsverhältnis fortdauert, ist nicht das Gegenteil anzunehmen — warum soll nicht während der Krankheit die Pflicht des Dienstherrn ebensosehr eine Abwandelung — nicht Aufhebung! — erfahren können, wie es solange mit der des Arbeiters zweifellos der Fall ist?

5. **Verschärfung und Wegfall der Pflichten:**

a) Eine Verschärfung der Verpflegungspflicht, sowohl inhaltlich wie zeitlich, kann dadurch eintreten, daß die Krankheit durch einen vom Dienstherrn zu vertretenden Umstand, insbesondere durch Außerachtlassung der ihm nach § 618 auferlegten Pflichten, entstanden ist. Alsdann haftet er über § 617 hinaus auf vollen Schadensersatz. Auch das partikuläre Gesinderecht enthält für diese Fälle mitunter weitergehende Vorschriften; so läßt die Preußische Gesindeordnung § 87 nicht den Abzug im Sinne von Nr. 4 oben zu.

b) Die Verpflegungspflicht tritt umgekehrt nicht ein oder erlischt (s. dazu Schultzenstein S. 295ff.):

α) durch Ablauf der Zeit nach Maßgabe von Satz 1 in Verbindung mit Satz 4.

β) bei Entstehung der Krankheit durch Vorsatz oder grobes Verschulden des Bediensteten, s. Bem. 1a und bβ zu § 276. S. dazu Schultzenstein S. 297ff. Da für die genannten Fälle der Wegfall der Pflicht ein für allemal ausgesprochen wird, kann für das Gebiet des Anspruches aus § 617 eine besondere Abwägung von Fall zu Fall, wie § 254 sie vorschreibt, nicht stattfinden, s. Gottschalk, Mitwirkendes Verschulden S. 113. Anders, wenn der Dienstherr seinerseits aus eigenem Verschulden in Anspruch genommen wird.

c) gemäß Abs. 2. Es genügt hier auch eine soweit gehende private Versicherung. Näheres bei Schultzenstein S. 301ff.

Die Beseitigungsgründe hat der Dienstherr zu beweisen.

6. Die Bestimmung stellt nach § 619 **zwingendes Recht** dar. S. darüber näheres bei Schultzenstein S. 310ff.

§ 618.

Der Dienstberechtigte hat Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, daß der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet.

Ist der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte in Ansehung des Wohn- und Schlafraums, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten erforderlich sind.

Erfüllt der Dienstberechtigte die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Verpflichteten obliegenden Verpflichtungen nicht, so finden auf seine Verpflichtung zum Schadensersatze die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§ 842 bis 846 entsprechende Anwendung.

E. II 558[1], RV. 610[1]. — Prot. II S. 289—94, D. S. 119.

1. **Allgemeines:** Auch § 618 enthält eine sozialpolitische Neuerung, die im Grunde nur eine besondere Ausgestaltung der Prinzipien des § 242 darstellt. Bereits die frühere Praxis hatte bisweilen eine entsprechende Pflicht für das GR. als aus dem Wesen des Vertragsverhältnisses oder der bona fides folgend anerkannt — so namentlich RG. Bd. 8 Nr. 38 S. 149 und bei Seuffert 37 Nr. 242 S. 344 —, und in der GewO. (Fassung vom 1. VI. 1891, §§ 120a—120e) waren für gewerbliche Arbeiter ähnliche Bestimmungen schon gesetzlich festgelegt.

Der Satz des § 618 findet fortan laut EG. Art 95 Abs. 2 auch für das Gesinderecht Anwendung.

2. a) Zur Feststellung dessen, was § 618 bedeute, ist davon auszugehen, daß dem Arbeitgeber hier keineswegs eine unbedingte Pflicht zur Beschaffung von Räumen, Gerätschaften usw. auferlegt, sondern nur hypothetisch bestimmt wird, wie er die etwa zu besorgenden einzurichten habe. Ob er sie besorgen muß, ergibt sich aus anderen Momenten: teils aus der besonderen Abrede, teils aus den Umständen und der Verkehrssitte. So hat z. B. der Arzt die nötigen „Gerätschaften" fast überall selbst zu beschaffen, während für die zur häuslichen Arbeit verpflichteten Personen so gut wie ausnahmslos das Gegenteil anzunehmen ist. Aber auch wo dem Dienstherrn die Beschaffung und Einrichtung obliegt, steht dabei nicht eine erzwingbare Pflicht in Frage, sondern nur eine Vorbedingung für seinen Anspruch auf die Dienste, begründet die Unterlassung nur Annahme-, nicht Leistungsverzug. S. die zutreffenden Erwägungen bei Rümelin S. 262ff. Anders teilweise Lotmar S. 220ff., der durch § 618 dem Arbeitgeber zwar keine Beschaffungs-, wohl aber eine Einrichtungs- und Unterhaltungspflicht der Räume usw. auferlegt sein läßt. Dagegen wie hier — trotz der bedenklichen Bemerkungen III u. IV, 1 — Kober-Staudinger, s. das. zu aα.

b) Soweit freilich der Arbeitgeber die Räume usw. stellt, tritt nach § 618 eine wirkliche Rechtspflicht im Sinne des Textes ein, und es macht dabei wohl trotz des bedenklichen Wortlautes keinen Unterschied, ob er sie im Sinne von litt. a) zu stellen hatte, oder sie darüber hinaus nur freiwillig stellt. So zutreffend Lotmar S. 240, anders Kober-Staudinger IV, 1aα.

c) **Der Inhalt** der dem Dienstberechtigten auferlegten **Pflichten** ergibt sich im allgemeinen ohne Schwierigkeit aus Abs. 1; was im Einzelfall zu ihrer Erfüllung nötig sei, kann nur an der Hand der besonderen Sachlage festgestellt werden.

Im einzelnen mag die Literatur und Judikatur der Gewerbeordnung vielfach verwertbar und vorbildlich sein, s. die Kommentare dazu, auch die Angaben bei Planck Nr. 3c Abs. 2. Hier sei nur folgendes bemerkt:

α) Zu den „Vorrichtungen" gehören nicht nur solche, die unmittelbar, sondern auch solche, die nur mittelbar mit der Dienstverrichtung zusammenhängen, also Aborte, Zugänge, Treppen, Notausgänge, Geräteschuppen usw. Doch dürften Zugänge zur Arbeitsstätte nur dann unter § 618 fallen, wenn sie gerade diesem Sonderzweck dienen, nicht auch alle diejenigen, die zwar dem Verpflichteten gehören bezw. seinem Gebrauch unterstehen, die aber nicht gerade dem Zweck eines solchen Zuganges dienen. Benutzt z. B. der Arbeiter an Stelle der vorhandenen Treppe eine am Fenster der Arbeitsstätte angelehnte Leiter, so greift die Haftung aus § 618 nicht Platz. Ebensowenig fallen unter § 618 öffentliche Wege und Durchgänge, die zwar der Arbeiter zum Gelangen an die Arbeitsstätte benutzen muß, die aber ohne Rücksicht auf diese und nicht ihretwegen bestehen. Denn sie hat der Dienstherr nicht, wie es doch § 618 erfordert, „zu beschaffen". So auch RG. ZS. VI bei Gruchot 46 Nr. 65 S. 931ff.

β) Zu der „Regelung" der Dienstleistungen gehören insbesondere Warnungen vor besonderen mit denselben verbundenen Gefahren, namentlich soweit sie dem Dienstleistenden nicht erkennbar sein würden; ferner auch die zur Verminderung der Betriebsgefahr dienlichen Instruktionen an den Dienstleistenden wie an dritte

Personen, s. RG. bei Seuffert 43 Nr. 266 S. 401. Anders Kober-Staudinger III 1 b, die Instruktionen an dritte ausnehmen, da § 618 nur das Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeiter regele. Gemäß: aber hängt nicht die Abwehr von Gefährdungen des Arbeiters auch davon ab, daß dritte — z. B. Fabrikaufseher, Heizer usw. — richtig instruiert werden?

γ) Natürlich braucht der Dienstberechtigte nicht alle Vorkehrungen zu treffen, die möglicherweise der Verhütung von Unfällen, Krankheiten oder dergl. dienen, sondern nur solche, die die Natur der Dienstleistung gestattet. Dabei ist auch auf die Verhältnismäßigkeit der durch jene drohenden Kosten zu der Wichtigkeit der Dienstleistung eine billige, aber nicht formell entscheidende Rücksicht zu nehmen.

Auch das Verkehrsübliche kommt als Richtschnur mit in Betracht; schlechthin entscheidend ist es nicht, da eingerissene Mißbräuche gegenüber der positiven Norm des § 618 keinen Anspruch auf Anerkennung haben. Ein Antrag, die Schutzpflicht ein für allemal auf das „Übliche" zu beschränken, ist aus solchen Gründen von der 2. Kommission sogar abgelehnt, Prot. S. 293.

Keineswegs kann der Dienstberechtigte sich zur Abwendung der Haftung ohne weiteres darauf berufen, daß ihm die Gefährlichkeit des Raumes usw. oder die Notwendigkeit der Schutzvorrichtung unbekannt geblieben, etwa von dem Erbauer oder Vorbesitzer nicht mitgeteilt worden sei. So mit Recht RG. ZS. III vom 17. V. 1904, Gruchot 48 910: „Denn es ist eben Sache des Dienstberechtigten, nach den nötigen Schutzvorrichtungen sich zu erkundigen". Allerdings kann das, wie das Erkenntnis übrigens nicht verkennt, allgemein nur von üblichen Schutzvorrichtungen gelten, z. B. Anbringung einer Schutzdecke zwischen der Kirchenglocke und dem Läuteplatz des Küsters.

Andererseits ist der Dienstherr nicht verpflichtet, aus den Arbeitsräumen alle dem Dienstpflichtigen möglicherweise gefährlich werdenden Gegenstände zu entfernen. Erforderlich ist nach Wortlaut und Sinn nur bei solchen Gerätschaften, die der Arbeiter zu seiner Tätigkeit gebraucht, eine tunlichst ungefährliche Einrichtung nebst entsprechender Gebrauchsanweisung. Dagegen bei anderen, gar nicht in den Tätigkeitsbereich des Arbeiters fallenden Gegenständen braucht der Arbeitgeber den Arbeiter nicht auf die mit ihrer Berührung oder Benutzung verbundenen Gefahren aufmerksam zu machen, s. den instruktiven Fall des OLG. Kassel, 6. IV. 1905, bei Seuffert 60 Nr. 207 S. 391 (Recht 05 369): beschädigt sich der Arbeiter durch Anfassen und Aufheben eines im Arbeitsraum befindlichen, übrigens ungefährlichen, Heizkörpers, der ihn nichts anging, so hat er den Schaden nur seinem eigenen Vorwitz zuzuschreiben.

Wird der Arbeiter außerhalb seiner eigentlichen Betriebsstätte, etwa in fremden Fabriken, Bauplätzen, beschäftigt, so mag das vielleicht bei einer strengen Wortauslegung nicht unter § 618 fallen. Aber sinngemäß ist er bei Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen auch auf diesen Fall anzuwenden. So schon für das bisherige Recht RG. ZS. III vom 12. X. 1886, JW. 1886 Nr. 36 S. 356: auch dabei treffe den Arbeitgeber eine Sorgfaltspflicht; er müsse sich über die den Arbeitern dort etwa drohenden Gefahren informieren und die zur Abstellung erforderlichen Maßnahmen und Anordnungen treffen.

δ) Wegen der besonderen Pflichten des Abs. 2 s. Kober-Staudinger IV, 2. Insbesondere sind bei Einrichtung der Wohn- und besonders der Schlafräume Sittlichkeit, Gesundheit und Menschenwürde des Bediensteten in weitgehendem Maße zu beachten. Einen sogen. „Hängeboden" als Schlafstelle braucht er sich keineswegs unterschiedslos gefallen zu lassen, auch dann nicht, wenn in der Wohnung des Berechtigten nur für einen solchen Sorge getragen war. Doch kommt dabei viel auf die Ortssitte und die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten an. Ferner hat der Dienstpflichtige Anspruch darauf, in angemessenem Umfang zum Gottesdienst seiner Konfession zugelassen zu werden, ohne dabei freilich ein den Dienst störendes Übermaß (etwa Beteiligung an jedem Gottesdienst oder jeder Messe!) verlangen zu können. Daß der katholische Dienstbote Anspruch auf Fastenspeisen habe (so Kober-Staudinger), trifft jedenfalls für überwiegend protestantische Bezirke nicht zu; unmöglich kann die ganze Hausordnung sich nach den Angestellten richten.

3. **Anwendungsgebiet:** Die Bestimmung gilt für alle Dienstverträge, nicht bloß die dauernden oder die in § 617 genannten. Der Sondersatz des Abs. 2 freilich ist auf die dort aufgeführten Fälle beschränkt, s. dazu auch Bem. 2 c zu § 617 und oben δ.

4. **Auf Erfüllung der Pflichten** aus § 618 (s. oben 2 b a. A.) kann der Dienstleistende nach allgemeinen Grundsätzen **klagen**, ferner steht ihm wegen Nichterfüllung

das Rücktrittsrecht aus § 626 zu, möglicherweise auch ein Anspruch auf Schadensersatz, s. Bem. 5.

5. **Charakter und Voraussetzungen der Ersatzansprüche:**

a) Trotz des positiven Charakters des § 618 handelt es sich dabei um **Vertragspflichten**, sodaß für ihre Verletzung zunächst die Sätze des Vertragsrechtes zur Anwendung kommen. Nur wegen des Umfanges der daraus bei Verletzung von Leben oder Gesundheit entspringenden **Ersatzansprüche** werden durch Abs. 3 die strengeren Vorschriften der Deliktsobligationen aus §§ 842–6 für „entsprechend" anwendbar erklärt, was weiter keine Schwierigkeiten machen dürfte. Im übrigen, z. B. wegen der Verjährung, ist das Sonderrecht der unerlaubten Handlungen nicht anwendbar.

Soweit ferner der Schaden nicht gerade aus den in Abs. 3 aufgeführten Pflichtverletzungen entstand, ist die Ersatzpflicht nicht etwa ausgeschlossen, bemißt sich vielmehr nur nicht nach dem Recht der unerlaubten Handlungen, sondern nach dem der Vertragsverletzungen. So richtig Kipp bei Windscheid II S. 699 unten.

b) Daß der verletzte Dienstpflichtige daneben noch andere Ansprüche auf Geldleistungen oder Schadensersatz gegen dritte hat, schließt die sich aus § 618 ergebenden an sich nicht aus, s. KrankVG. vom 15. VI. 1883 § 57, ebenso InvVG. vom 13. VII. 1899 § 54, während freilich nach dem UVG. vom 6. VII. 1884 die Haftung der Arbeitgeber nach Maßgabe der §§ 95ff erheblich beschränkt ist. Jedoch geht nach den ersteren Gesetzen der Anspruch des Verletzten in Höhe der geleisteten Unterstützung auf die unterstützende Gemeinde, Kasse oder Versicherungsanstalt über. Durch die neuesten Fortschritte der Sozialgesetzgebung ist die Bedeutung von § 618 Abs. 3 inzwischen verringert worden, s. dazu Hilse, ArchBürgR. **19** 205ff. und Kober-Staudinger Ve. Besonders kommt in Betracht § 135 des GewUVG. vom 30. VI. 1900 und § 146 des LUVG. vom selben Tage. Ein sachliches Eingehen auf dies Sonderrecht dürfte hier zu weit führen.

c) Ob die Ansprüche aus § 618 ein **Verschulden** voraussetzen, ist zweifelhaft, aber angesichts der allgemeinen Haftungsprinzipien des BGB., von denen eine Ausnahme hier insoweit nicht nachweisbar ist, wohl zu bejahen, so auch Planck und Meisner Nr. 1, Kober-Staudinger V. c. Nur den Inhalt der Pflichten des Dienstherrn hat § 618 über das Normalmaß hinaus verschärft, nicht aber die subjektiven Voraussetzungen eines vertretbaren Zuwiderhandelns gegenüber § 276 abweichend geregelt. Die unbedingte Haftung würde auch, zumal angesichts der durchgeführten Arbeiterversicherung, wohl sozialpolitisch allzuweit gehen.

Bei konkurrierendem Verschulden des Verletzten greift § 254 Platz, s. Bem. dazu. So auch OLG. Naumburg bei Seuffert 57 Nr. 171 S. 313: die Fürsorgepflicht finde ihre Ergänzung in der Pflicht des Arbeitnehmers, sich selbst durch Anstrengung der Aufmerksamkeit vor Schaden zu schützen. Dieser muß (so auch OLG. Celle Rspr. VI S. 82) event. auch den Arbeitgeber auf die Mängel der Geräte und Schutzvorrichtungen aufmerksam machen. Jedoch ist normalerweise dem Arbeiter nicht schon daraus ein Vorwurf zu machen, daß er mangels besserer die schlechteren Vorrichtungen benutzt hat.

6. Auch die Vorschrift des § 618 ist **zwingendes Recht**, s. § 619.

7. Auf den Fall, daß der Dienstpflichtige seinerseits nach dem Vertrag die Geräte, Räume usw. zu beschaffen hat, bezieht sich § 618 unmittelbar nicht, z. B. er hat die Abfuhr von Erde, die Anfuhr von Kohlen mittelst seiner eigenen Wagen übernommen. Doch ist mit dem OLG. Stettin vom 22. IV. 1904, Rspr. IX S. 288, anzunehmen, daß der Dienstherr auch in solchen Fällen tunlichst für die Unversehrtheit dieser Geräte zu sorgen habe – soweit freilich, wird man beschränkend hinzufügen, ihm eine mehr oder minder weitgehende Oberaufsicht über die Arbeitsleistung zusteht; anders also z. B. beim Arzt.

8. Ist § 618 auch auf **andere Arbeitsverträge** im weiteren Sinn, insbesondere auf den **Werkvertrag, entsprechend anwendbar?** S. darüber Hahn bei Gruchot **45** 213ff.; Rümelin S. 262ff. Wohl mit Recht tritt Rümelin für die Bejahung der Frage ein, da § 618 im Grunde nichts enthalte, was sich nicht bereits ohnedies gemäß des doch allgemein anwendbaren § 242 als notwendig ergäbe. Daß die in der Regel selbständigere Stellung des Unternehmers das Anwendungsgebiet einer derartigen Fürsorgepflicht des Bestellers beim Werkvertrage tatsächlich erheblich einengen wird, darf dabei natürlich nicht außer Acht bleiben.

§ 619.

Die dem Dienstberechtigten nach §§ 617, 618 obliegenden Verpflichtungen können nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden.

E. II 558², RV. 610². — Prot. S. 294.

Daß die Bestimmungen der §§ 617—8 der Parteiwillkür entzogen werden mußten, ist eine nahezu selbstverständliche Folgerung aus ihrer ganzen Art und Zweckbestimmung. Es werden daher die aus ihnen entspringenden Pflichten des Dienstherrn durch § 619 einer vertragsmäßigen Aufhebung oder Beschränkung **„im voraus"** entzogen. Diese Worte beziehen sich nicht nur auf die Zeit vor Beginn des Dienstverhältnisses, vielmehr ist auch ein späterer Erlaß vor dessen Beendigung unstatthaft, da die Verpflichtungen sich bis dahin in jedem Moment erneuern.

S. über die Worte „im voraus" auch Schultzenstein (bei § 617) S. 312ff.: ungültig ist danach jede Vereinbarung, welche sich auf die Folgezeit bezieht, also auch eine Vereinbarung während der Dauer der Erkrankung. Erst wenn alle Tatbestandsmomente, aus denen sich Entstehung und Tragweite der Ansprüche bestimmen, abgeschlossen vorliegen, ist ein Verzicht wirksam. Dann freilich auf die **entstandenen konkreten Ersatzansprüche** kann nach allgemeinen Grundsätzen verzichtet werden.

§ 620.

Das Dienstverhältnis endigt mit dem Ablaufe der Zeit, für die es eingegangen ist.

Ist die Dauer des Dienstverhältnisses weder bestimmt noch aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen, so kann jeder Teil das Dienstverhältnis nach Maßgabe der §§ 621 bis 623 kündigen.

E. I 563, E. II 559, RV. 611. — Mot. S. 564—5, Prot. II S. 295ff., D. S. 119—20.

Literatur: Lotmar S. 524ff.

1. Die §§ 620ff. handeln von der **Beendigung des Dienstverhältnisses.** Es werden aber auch hier nicht alle Beendigungsgründe aufgeführt, sondern nur:

a) **Ablauf der Zeit,** Abs. 1, mag sie kalendermäßig oder sonst bestimmt sein, z. B. man mietet einen Bedienten für die Dauer einer zu unternehmenden längeren Reise.

b) **Beendigung** des mit dem Dienstvertrage zu erreichenden **Zweckes,** erwähnt in Abs. 2, z. B. jemand wird zur Erteilung von Nachhilfestunden für einen Abiturienten oder sonstigen Examinanden angestellt. In diesen Zusammenhang gehört auch die Anstellung auf Probe, s. darüber v. Frankenberg, DJZ. 03 541,2, auch die für das ältere Recht erlassene, aber noch verwendbare Entscheidung bei Seuffert 53 Nr. 148 S. 268. Der Zweck der Anstellung liegt in dem zu erlangenden Urteil über Tüchtigkeit des Dienstpflichtigen; daraus folgt zunächst die Möglichkeit einer sofortigen Entlassung, da der Zweck erledigt ist, wenn die Probe nicht entsprechend ausfällt. Aber das dauert nur die vereinbarte oder angemessene und daher als vereinbart zu unterstellende Probezeit. Nach deren Ablauf treten im Zweifel die gewöhnlichen Kündigungsregeln in Kraft; daß der Dienstherr dauernd die sofortige Kündigungsbefugnis behalten soll, ist nach Wortlaut und Zweck des Probeanstellungsvertrags nicht zu vermuten. Doch kann der Einzelfall auch anders zu deuten sein, s. Lotmar S. 630 Anm. 2.

c) Ergibt sich der Endpunkt des Verhältnisses weder nach a) noch b), so erlischt es durch **Kündigung,** Abs. 2, näheres §§ 621—3.

Unter Umständen ist diese als **vorzeitige** auch statthaft, wenn das Verhältnis an sich nach a—b noch Anwartschaft auf längere Dauer hätte; so nach den §§ 626—7. Wegen der Kündigung im Konkurse s. KO. § 22.

2. Über den **Begriff der Kündigung** s. Bem. zu § 564. Speziell von der Kündigung des Dienst-(Arbeits-)vertrages handelt Lotmar S. 561 ff., der mit Recht die bereits oben als möglich verteidigte befristete und bedingte Kündigung auch hier als wirksam erachtet, S. 576; er weist zutreffend auf den bei dem insoweit gleichliegenden Werkvertrag im Gesetze selbst, § 643, anerkannten Fall einer bedingten Kündigung hin. S. auch über den von der bedingten Kündigung zu sondernden Fall der (unbedingten) Kündigung eines bedingten oder befristeten Dienstverhältnisses das. S. 518.

Die Kündigung des Dienstverhältnisses ist eine einseitige Willensäußerung, die keiner Annahme bedarf, Lotmar S. 566. Eine anfangs — etwa wegen Verspätung — unwirksame Kündigung kann mittelst Konversion oder Korrektur aufrechterhalten werden, sodaß sie dann ohne weiteres für den nächstmöglichen Termin in Geltung tritt, das. S. 569. Ein Widerruf der Kündigung ist trotz ihrer Einseitigkeit nicht möglich; es bedarf dazu der Einwilligung des Gegners. Und auch mit dieser kann die Kündigung unwirksam gemacht werden nur, solange das gekündigte Rechtsverhältnis noch bestand; nachher ist nur Neuabschluß eines inhaltlich gleichen, aber nicht Wiederherstellung des alten Dienstvertrages möglich, S. 574.

3. Daneben kann das Verhältnis auch nach den **allgemeinen Grundsätzen erlöschen**, also namentlich durch gegenseitige Übereinkunft oder durch eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung.

Die allgemeinen Regeln gelten auch für die Beantwortung der Frage, welchen Einfluß der **Tod einer Partei** auf das Verhältnis habe, s. Vorbem. 1b vor § 362. Es kommt hauptsächlich darauf an, ob der Tod des einen oder andern Teiles nach Art und Zweck des Dienstverhältnisses eine Unmöglichkeit der Erfüllung mit sich bringt. Das ist insbesondere beim Tode des Dienstpflichtigen sehr häufig der Fall, insoweit nämlich solche Dienste in Frage stehen, die entweder von besonderen Eigenschaften gerade des ursprünglich Verpflichteten abhängig sind (Arzt, Anwalt), oder die doch dessen Erben aus besonderen in ihrer Person liegenden Gründen zu leisten unfähig sind.

Aber damit allein kommt man, wie Binder (Stellung des Erben II S. 24—5) gegen die bisher herrschende Lehre und meine Aufl. 1 zutreffend ausführt, nicht aus. In vielen Fällen ist die Ausführung der Dienste durch den Erben durchaus möglich — man denke an gewöhnliche Tagelöhnerdienste — ohne ihm doch vernünftigerweise zugemutet werden zu können. Die Lösung der Schwierigkeit bietet auch nicht, wie mehrfach angenommen wird, § 613, der nur die Pflicht zur persönlichen Dienstleistung durch den jeweils Verpflichteten als Auslegungsregel aufstellt. Es bleibt vielmehr mit Binder nur die Berufung auf den vermutlichen, die Dienstleistung zu einem höchst persönlichen gestaltenden Parteiwillen. Daß dieser nach der Ansicht des Gesetzbuches im Zweifel so zu verstehen sei, dafür kann allerdings der § 613, wennschon nicht direkt anwendbar, sehr wohl entsprechend verwertet werden, neben dem allgemeinen § 157. Äußerstenfalls bleibt dem Erben des Dienstpflichtigen die Möglichkeit einer Kündigung des auf ihn übergegangenen Verhältnisses aus dem Gesichtspunkt des „wichtigen Grundes", § 626.

Dagegen führt der Tod des Berechtigten in der Regel eine Beendigung des Verhältnisses wenigstens aus dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit der Leistung nicht herbei; anders z. B. beim Tode des Patienten, dem ein Arzt, ein Krankenwärter zu Dienstleistungen verpflichtet sind. Ob aus dem des vermutlichen Parteiwillens, ist wieder Sache der Einzelauslegung. Ob eine entsprechende Anwendung des § 613 Abs. 2 (Unübertragbarkeit des Anspruchs auf die Dienste) auf unseren Fall möglich sei, ist zweifelhaft und wird meist verneint (s. Kober-Staudinger Nr. 2a). M. E. spricht trotzdem die Vermutung auch hier eher für die Höchstpersönlichkeit. Auch wenn man soweit nicht geht, muß man anerkennen, daß der Tod des Dienstherrn dem Dienstpflichtigen vielfach einen „wichtigen Grund" zur Kündigung gewährt.

Keine Unmöglichkeit der Erfüllung ist für die Regel der Fälle dann vorhanden, wenn der Dienstpflichtige sie zu leisten imstande und willens ist, der Dienstherr aber davon keinen Gebrauch machen kann: z. B. die Fabrik ist durch Brand oder Explosion außer Betrieb gesetzt. Nur ausnahmsweise, z. B. wenn die Dienste gerade an dem zerstörten Gegenstande vorgenommen werden sollten, tritt hier objektive Unmöglichkeit ein. S. auch Prot. II S. 281—2 und oben Bem. 3bγ zu § 615.

§ 621.

Ist die Vergütung nach Tagen bemessen, so ist die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig.

Ist die Vergütung nach Wochen bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß einer Kalenderwoche zulässig; sie hat spätestens am ersten Werktage der Woche zu erfolgen.

Ist die Vergütung nach Monaten bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendermonats zulässig; sie hat spätestens am fünfzehnten des Monats zu erfolgen.

Ist die Vergütung nach Vierteljahren oder längeren Zeitabschnitten bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs und nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen zulässig.

E. I 563, E. II 560, RV. 612. — Mot. S. 464—5, Prot. II S. 295ff., D. S. 120.

1. Die Anerkennung einer besonderen **Kündigungsfrist** für die auf unbestimmte Dauer eingegangenen Dienstverhältnisse entspricht, wie bei der Miete (§ 565), im Gegensatz zum Röm. R. dem modernen Rechtsbewußtsein.

Die Kündigungsfrist war im Entw. I gleichmäßig auf zwei Wochen festgesetzt, wogegen die zweite Kommission einstimmig die Anwendung verschiedener Fristen, wie in § 621 geschehen, beschloß. Die jetzigen Bestimmungen entsprechen größtenteils der Preußischen Gesindeordnung §§ 111ff.

2. Wegen des Begriffs der Kündigung s. Bem. zu § 564, wegen der Fristberechnung §§ 186ff. Über die Kündigung im Konkurse enthält § 22 KO. eine Sonderbestimmung.

3. **Die Kündigungsfristen** des § 621 sind ohne allen Zweifel der **Abänderung durch** ausdrückliche oder selbst stillschweigende (so, wenn in dem fraglichen Geschäftszweig eine Kündigungsfrist ganz unüblich ist) **Parteiabrede fähig**, s. die Angaben aus der Praxis bei Warneyer, BGB. zu § 620 Nr. 3—4. Es steht auch nichts im Wege, sie für beide Teile verschieden zu bestimmen; so auch Planck Nr. 2b mit Berufung auf die Entstehungsgeschichte, RG. in JW. 33 233. Jedoch kann darin unter Umständen eine gegen die guten Sitten verstoßende und daher nach § 138 ungültige Bedrückung der arbeitenden Klassen zu finden sein. Wenn nach der GewO. § 122 Satz 2 die vereinbarten Aufkündigungsfristen zwischen Arbeitgebern und Gesellen (Gehilfen) gleich sein müssen, so ist das ein — sozial gewiß gerechtfertigtes — Sondergesetz, das auf das allgemeine bürgerliche Recht nicht entsprechend angewendet werden darf. S. aber auch Lotmar S. 628.

4. Wie die bedingte Abgabe einer derartigen „befristeten" Kündigung wirke, darüber vgl. Lotmar S. 580ff. Die Frist beginnt hier erst mit dem Eintritt der Bedingung zu laufen; von einer Zulassung der Rückziehung im Sinne des § 159 ist dabei keine Rede.

§ 622.

Das Dienstverhältnis der mit festen Bezügen zur Leistung von Diensten höherer Art Angestellten, deren Erwerbstätigkeit durch das Dienstverhältnis vollständig oder hauptsächlich in Anspruch genommen wird, insbesondere der Lehrer, Erzieher, Privatbeamten, Gesellschafterinnen, kann nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs und nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden, auch wenn die Vergütung nach kürzeren Zeitabschnitten als Vierteljahren bemessen ist.

E. I 563, E. II 561, RV. 613. — Mot. S. 564—5, Prot. II S. 295ff., D. S. 120—1.

1. Der § 622 enthält eine von der zweiten Kommission eingefügte soziale Schutzbestimmung, die dadurch ihre Rechtfertigung findet, daß die betr. Personen weniger, als gewöhnliche Bedienstete, auf die sofortige Wiedererlangung einer angemessenen Stellung rechnen können.

Welche Dienste darunter fallen, ist Tatfrage; die Höhe des Lohnes kann, wenn überhaupt, jedenfalls nicht vorwiegend entscheidend sein: Köchinnen erhalten nur allzu oft eine weit höhere Entlohnung als Gesellschafterinnen oder Erzieherinnen, und doch werden diese, nicht aber jene in der Regel unter § 622 fallen. **Entscheidend ist vielmehr das allgemeine Maß der sozialen Achtung**, das den Dienstleistungen dieser oder jener Kategorie im allgemeinen entgegengebracht wird. Die Prot. S. 299 verweisen zutreffend auch auf das Maß der Vorbildung und gesellschaftlichen Stellung der Dienstpflichtigen als Anhaltspunkte. Außer den im Texte genannten Beispielen dürften noch u. a. hierhin gehören: Gutsverwalter, OLG. Marienwerder in Rspr. V S. 33, Leib- und Anstaltsärzte, Arbeiter- und Parteisekretäre.

2. Der Begriff der **„festen Bezüge"** wird sich für die meisten Fälle ohne Schwierigkeit feststellen lassen: es kommt darauf an, daß für das Gesamtverhältnis als solches, nicht nur für die in Verfolg desselben etwa zu verrichtenden Einzelleistungen, die Vergütung zugesichert ist. Zusicherung eines Minimaleinkommens (wie vielfach bei Kassenärzten) genügt dazu im allgemeinen nicht; in solchem Fall bleiben die Bezüge im Grunde variabel, nur mittelst einer besonderen garantieartigen Abrede verspricht der Dienstherr, dafür einstehen zu wollen, daß die Summe der variabeln Einzelbezüge nicht hinter dem fraglichen Betrage zurückbleibt. Planck zu § 627 Nr. 2 bezeichnet die Entscheidung dieser Fälle als „zweifelhaft".

Daß die Bezüge in monatlichen oder noch längeren Abschnitten zur Auszahlung gelangen, ist zum Vorhandensein „fester" Bezüge nicht erforderlich. S. auch das Erkenntnis bei Unger, Entscheid. des Gewerbegerichts Berlin, S. 151—2 und die Angaben bei Neumann, Jahrbuch I S. 389.

3. Über die **Berechnung der Frist** s. §§ 186ff.

4. Daß § 622 **nichtzwingendes** Recht enthalte, wird fast allgemein angenommen, so Planck Nr. 1, Kober-Staudinger Nr. III. Anders nur Fischer-Henle Nr. 1. Angesichts der Grundprinzipien des BGB. wohl mit Recht; das bedenkliche Wort „kann nur" erklärt sich ausreichend durch die damit offenbar beabsichtigte Gegenüberstellung gegen die kürzeren Fristen des § 621. Sind diese aber dispositiv, so wird es bei denen des § 622 wohl ebenso sein müssen. Auch daß gewisse Sätze gerade des Dienstrechts besonders für zwingend erklärt worden sind (s. § 619), § 622 aber nicht zu ihnen gehört, spricht für das hier verteidigte Ergebnis.

§ 623.

Ist die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten bemessen, so kann das Dienstverhältnis jederzeit gekündigt werden; bei einem die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmenden Dienstverhältnis ist jedoch eine Kündigungsfrist von zwei Wochen einzuhalten.

E. I 563, E. II 562, RV. 614. — Mot. S. 564—5, Prot. II S. 295ff.

Die Bestimmung findet Anwendung, wenn dem Arbeiter Stücklohn oder Provision als Vergütung zugesichert ist. Wegen des zweiten Halbsatzes s. Bem. zu § 617, wegen der Fristberechnung §§ 186ff.

§ 624.

Ist das Dienstverhältnis für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen, so kann es von dem Verpflichteten nach dem Ablaufe von fünf Jahren gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.

E. I 564, E. II 563, RV. 615. — Mot. S. 465—8, Prot. II S. 299—301.

1. **Prinzip:** Auch der § 624 verdankt „sozialen und wirtschaftlichen Gründen" seine Entstehung (Mot. S. 466); er soll die Möglichkeit von die sittliche und wirtschaftliche Freiheit des einzelnen hemmenden Dienstverträgen mit übermäßiger Dauer ausschließen. Soweit diese schon an sich einen unsittlichen Charakter tragen, was häufig der Fall sein könnte, sind sie bereits nach dem allgemeinen Prinzip des § 138 ungültig; § 624 umfaßt vielmehr solche Verträge, bei denen keinerlei unsittliche Ausbeutung obwaltet, die abzuschließen vielleicht sogar dem wohlverstandenen Interesse des Dienstleistenden entsprechen wird (Sicherheit der Lebensstellung!). Sie bleiben an sich gültig, und der Berechtigte ist daran nach Maßgabe ihres Inhalts unbeschränkt gebunden, nur dem Verpflichteten wird das besondere gesetzliche Kündigungsrecht nach § 624 gewährt.

2. **Voraussetzung des Kündigungsrechtes** ist ein Dienstverhältnis, das eingegangen ist:

a) **für die Lebenszeit einer Person**, sei es des Berechtigten, sei es des Verpflichteten, sei es auch eines dritten (z. B. ein Krankenwärter oder Rollstuhlschieber wird für einen hilfsbedürftigen Angehörigen des Dienstherrn angestellt).

b) **für längere Zeit als fünf Jahre.** Beträgt freilich der Überschuß der Dauer weniger als die nach § 624 abzuwartende gesetzliche Kündigungsfrist, so ist für die Anwendung unseres Satzes kein Raum. — Andererseits gehört der Fall hierher, wenn das Verhältnis bis zur Erledigung eines bestimmten Zweckes (s. § 620 Abs. 2) eingegangen, und dieser nach 5 Jahren noch nicht erledigt ist

3. Zweifelhaft ist, ob die Schutzbestimmung auch bei Diensten anwendbar sei, die der Pflichtige nicht gerade persönlich auszuführen hat. Dagegen Achilles, Aufl. 1 No. zu § 624, anders aber Küntzel in GruchotsBeitr. **41** 442, auch Planck Nr. 3, nunmehr Achilles selbst in den späteren Aufl. Dafür spricht nicht nur der allgemein redende Wortlaut, sondern auch die Entstehungsgeschichte. Die Entwürfe hatten diese Fälle ausdrücklich ausgenommen, was von der Reichstagskommission geflissentlich gestrichen wurde.

4. Die Bestimmung ist nach EG. Art. 95 auch anwendbar für das Gesinderecht. — Sätze ähnlichen Inhalts und gleicher Tendenz hat das BGB. bei der Miete (§ 567) und Gesellschaft (§ 724), s. auch § 750 (Gemeinschaft).

§ 625.

Wird das Dienstverhältnis nach dem Ablaufe der Dienstzeit von dem Verpflichteten mit Wissen des anderen Theiles fortgesetzt, so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der andere Teil unverzüglich widerspricht.

E. I 565, E. II 564, RV. 616. — Mot. S. 468, Prot. II S. 301.

1. Im Einverständnis mit dem SächsGB. § 1234 — die anderen Rechte schweigen darüber — hat das BGB., entsprechend dem Satze bei der Miete, § 568, auch beim Dienstvertrag eine sog. **relocatio tacita** anerkannt. Ja sie ist hier noch gegenüber § 568 erleichtert, indem sie bei Fortsetzung des Verhältnisses nur durch unverzüglichen, nicht, wie dort, innerhalb zweier Wochen statthaften Widerspruch des Dienstherrn abgewendet werden kann. Der Widerspruch des Dienstpflichtigen wird hier, anders als nach § 568, wo beiden Teilen ein solcher zusteht, nicht erwähnt. Mit Recht: wenn er das Dienstverhältnis einfach fortsetzt, so gibt er dadurch unwiderleglich seinen darauf gerichteten Willen kund, eine gegenteilige innere Absicht wäre reservatio mentalis und daher unbeachtbar. Leistet er aber die Dienste erklärtermaßen nur aus Gefälligkeit oder sonst in unverbindlicher Weise weiter, so liegt darin eben keine „Fortsetzung des Dienstverhältnisses". So mit Recht Planck Nr. 1 Abs. 2.

2. § 625 findet gleichmäßig Anwendung, mag das Dienstverhältnis durch **Zeitablauf oder Kündigung** sein Ende erreicht haben. Anders natürlich bei Beendigung wegen Erreichung oder Unmöglichkeit des Zweckes.

3. Über den Begriff **„unverzüglich"** (d. h. „ohne schuldhaftes Zögern") s. § 121 und Bem. dazu.

4. **Beweis:** Wer sich auf die Fortsetzung des Verhältnisses beruft, muß die tatsächliche Fortsetzung, genauer die dafür sprechenden Tatsachen, wer sie demgegenüber bestreitet, den vollzogenen unverzüglichen Widerspruch des Dienstherrn beweisen.

§ 626.

Das Dienstverhältnis kann von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

E. I 566[1] S. 1, E. II 565[1], RV. 617. — Mot. S. 468—69, Prot. II S. 301 bis 2, D. S. 121—2.

Literatur: Fieberg, DJZ. 04 483ff., Fuld bei Gruchot 44 592ff., Lotmar S. 602ff.

1. Es entspricht der Natur des Verhältnisses und ist bereits im bisherigen Recht meist anerkannt, daß ein Dienstverhältnis ex iusta causa vorzeitig aufgelöst werden könne. S. für das GR. die allerdings nicht zweifelsfreie l. 22 C. 4,65, aus der Praxis die Entscheidungen bei Seuffert 10, 42 und des RG. 23 Nr. 35 S. 169 sowie bei Seuffert 37 Nr. 109 S. 160, auch Mot. S. 469, Windscheid II § 402 No. 10a mit weiteren Angaben. Noch zweifelloser gilt der Satz in den modernen Gesetzgebungen, s. für das Landrecht Dernburg, Privatrecht II § 191 Nr. 2c, Meisner Nr. 1, ferner Code Art. 1135, 1184, SächsGB. §§ 1241—2, besonders aber HGB. Art. 62—4 (jetzt §§ 70—2) und GewO. §§ 123—4.

Dem folgend stellt nunmehr auch das BGB. den oben erwähnten Grundsatz in § 626 allgemein auf, ohne kasuistisch die einzelnen Rücktrittsfälle ausschließend aufzuzählen oder auch nur, wie das HGB., einige besonders wichtige exemplifikativ mitzuteilen.

Es gewährt eine gesetzliche Kündigung, die Lotmar zutreffend, weil im Gegensatz zu der gewöhnlichen (befristeten) aus § 621 sofort wirksam, als „unbefristete Kündigung" bezeichnet.

Daß auch diese unbefristete Kündigung nicht mit dem Rücktritt verwechselt werden darf, ergibt sich aus der Vorbem. vor § 346: sie wirkt natürlich nur ex nunc, nicht, wie der Rücktritt, ex tunc.

2. **Ob ein „wichtiger Grund" der Kündigung vorliege**, ist allein auf Grund der Besonderheiten des Einzelfalles zu entscheiden, wenn auch die handelsrechtliche besondere Verweisung auf das richterliche Ermessen als teils selbstverständlich, teils mißverständlich nicht in den Text des BGB. aufgenommen worden ist. Die erwähnten „besonderen Gründe" des HGB. nebst der dazu ergangenen Rechtsprechung und Literatur (s. die Kommentare) mögen auch hinfort manche Anhaltspunkte gewähren, haben aber natürlich für das allgemeine bürgerliche Recht keinerlei formelle Verbindlichkeit. Die ehemalige handelsrechtliche Kontroverse, ob schon die Kündigung oder erst der Richterspruch das Verhältnis löse (s. Staub z. Art. 62 § 3), ist für das BGB. nicht mehr diskutabel; ersteres ist allein haltbar.

Was unter einem „wichtigen Grunde" zu verstehen sei, läßt sich schwer allgemein feststellen und formulieren, da alles auf den Einzelfall ankommt. Jedenfalls dürfen es nicht solche Umstände sein, die bereits eine wirkliche Unmöglichkeit der Leistung bewirken; alsdann ist keine Kündigung mehr nötig oder auch nur möglich. Besteht freilich ein Zweifel über den Eintritt der Unmöglichkeit, so steht einer bedingten Kündigung, falls jene noch nicht vorliegen solle, in den übrigens geeigneten Fällen nichts im Wege.

Bei der Feststellung dessen, was als wichtiger Grund zu erachten sei, geht Stammler (Richtiges Recht, S. 565) von seinem sozialen Ideal aus: „ein wichtiger Grund ist ein Umstand, der die Erreichung des von der Sonderverbindung gewollten Zieles nach den Grundsätzen des richtigen Rechts unmöglich macht". Das erscheint zu eng; eine solche unmittelbare Beziehung des Kündigungsgrundes zu dem Endzweck des gesamten Schuldverhältnisses dürfte nur ausnahmsweise vorliegen und wird weder durch Wortlaut noch Sinn der Vorschrift erfordert. Empfehlenswerter ist die, im wesentlichen mit Endemann § 174 übereinstimmende, Abgrenzung bei Rümelin S. 292ff. Danach muß der „wichtige Grund" zusammenhängen entweder mit dem persönlichen Verhältnis der Kontrahenten oder mit der vertragsmäßigen Leistung. Dem wird man zustimmen dürfen. Nicht nur die immerhin vorbildlichen Fälle des Handelsrechts wie die der GewO. §§ 123—4 weisen ausnahmslos einen entsprechenden Charakter auf, sondern auch innere Gründe erheischen gebieterisch eine derartige Abgrenzung. Wollte man die Kündigung aus jedem irgendwie beschaffenen Grunde, nur weil er subjektiv wichtig ist, gestatten, so unterhöhlte man die Vertragstreue und schüfe für den Dienstvertrag ein

Sonderrecht, daß sich in auffälligster Weise von den sonstigen Grundsätzen des BGB. entfernte. Jedem Dienstvertrag wäre damit eine clausula rebus sic stantibus ohne weiteres von Rechts wegen beigegeben. Sieht man, wie wohl zweifellos, die innere Berechtigung unseres Kündigungsrechtes in der engen persönlichen Beziehung der Beteiligten, so muß auch von hier aus eine Abgrenzung erfolgen. Und das tut auch die Formel Rümelins. Ich kann mich daher der weitergehenden Formel Cromes (Partiarische Rechtsgeschäfte S. 243, ähnlich auch Planck Nr. 1 und Kober-Staudinger II, 1a) nicht mehr anschließen, wonach „hinreichend gewichtige Gründe für die Auflösung vorliegen, wenn in der Person des einen Kontrahenten Umstände eingetreten sind, unter welchen dem anderen Kontrahenten die Fortsetzung des Dienstvertrags nicht weiter zuzumuten ist". Denn das läßt eine Abgrenzung der besonderen Richtung vermissen, in der die Gründe bedeutsam sein müssen.

3. **In wessen Person** die „wichtigen Gründe" entstanden sein müssen, ist vom Gesetze nicht gesagt:

a) Sie können und werden meist **in der Person des Gegners** zu finden sein, z. B. der Dienstherr macht sich erheblicher Mißhandlungen, Beleidigungen oder unzüchtiger Attentate gegen den Dienstpflichtigen schuldig; er versagt oder verkümmert dem Arbeiter den versprochenen Naturallohn (Lotmar S. 733); er verarmt so sehr, daß Unterhalt und Löhnung des letzteren gefährdet wird, er verlegt seinen Wohnsitz an einen fernen Ort. — Der Dienstpflichtige ist untreu, ungehorsam, wird zu Freiheitsstrafen verurteilt, ergibt sich einem grob unsittlichen Lebenswandel.

Auch falsche, ohne genügende subjektive Rechtfertigung ausgesprochene Anschuldigungen der einen Partei gegen die andere können dieser einen „wichtigen" Kündigungsgrund geben, Seuffert 60 Nr. 80 S. 152. Ferner dürfte ungerechtfertigte Entlassung dem Arbeiter, ungerechtfertigter Austritt dem Arbeitgeber wenigstens dann das Recht aus § 626 verleihen, wenn das eine oder andere unter erschwerenden Umständen erfolgt und dadurch das persönliche Verhältnis der Parteien zerrüttet ist. Auch die Verletzung der Pflichten aus § 618 kann dem Gegner das Kündigungsrecht geben.

b) Aber auch **in der Person des Kündigenden** selbst kann der „wichtige Grund" entstanden sein (a. A. für das Handelsrecht früher Staub zu Art. 62 § 2, jetzt aber ebenso zu § 70 Anm. 2): Der Dienstherr muß infolge Verarmung seinen kostspieligen Haushalt auflösen oder kann sonst infolge subjektiver Annahmebehinderung von den Diensten keinen Vorteil mehr ziehen, s. dazu Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte, S. 187. Oder der Gewerbebetrieb, für den der Dienstpflichtige angestellt ist, wird durch gesetzliche Maßnahmen — etwa die Privatpostanstalt durch Erweiterung des staatlichen Monopols — unterdrückt; so auch OLG. Stuttgart in Rtspr. II S. 502 ff.

Für den Dienstpflichtigen würde etwa dahin gehören der Fall der Erkrankung, der ihm die Durchhaltung des Dienstes ungebührlich erschweren würde (wegen der Kündigung durch den Dienstberechtigten in diesem Fall s. § 617 Abs. 1 Satz 4 und Bem. dazu, sowie Bem. 2a zu § 628). Soweit ihm die Krankheit die Fortsetzung der Dienstleistung geradezu unmöglich machen würde, bedürfte es zur Aufhebung des Verhältnisses überhaupt keiner Kündigung mehr, s. §§ 275, 323; ebenso nicht, wenn er als Ausländer ausgewiesen wird. Dieses in Aufl. 1 angeführte Beispiel gehört also nicht zu § 626. Verschiedene andere der früheren Beispiele halten der vorgenommenen Verengerung des Begriffes „wichtiger Grund" überhaupt nicht mehr Stand; wenn der Dienstpflichtige seine erkrankten und anderer Wartung beraubten Angehörigen pflegen muß, sich verheiraten will, so mag der Grund für ihn subjektiv sehr wichtig sein: aber es fehlt jede Beziehung auf das Vertragsverhältnis, wie sie nach dem oben Gesagten zur Annahme eines „wichtigen Grundes" für die Kündigung unerläßlich erscheint. Sonst müßte man dem Dienstboten auch sofortigen Austritt gestatten, wenn er etwa das große Los gewonnen hat! In extremen Fällen der geschilderten Art mag eine Unmöglichkeit der Leistung, diesen Begriff in dem obigen (Vorbem. vor § 275) weiteren Sinn erfaßt, als Aushilfe dienen.

c) Endlich können die Gründe **in einer objektiven Sphäre** liegen, z. B. der Dienstpflichtige kündigt, weil in der betreffenden Stadt eine ansteckende Seuche wütet (Pest, Cholera), die die übernommene Arbeit zu einer unverhältnismäßig gefährlichen stempelt; weil andauernde Revolten und Attentate dort (man denke an Russisch-Polen!) eine ersprießliche Tätigkeit im Sinne des Vertrages ernsthaft gefährden.

Ferner können die Gründe sowohl vom Gegner verschuldet, als auch ohne seine Schuld eingetreten sein; Beispiele für beides ergibt das oben Gesagte. Einen Unterschied kann das nur unter Umständen nach § 628 begründen, s. Bem. dazu.

Ob dagegen ein Kündigungsgrund auch dann möglicherweise anzuerkennen ist, **wenn der Kündigende die Situation selbst schuldhaft herbeigeführt hat** (z. B. seine Krankheit durch ausschweifendes Leben), ist mindestens zweifelhaft und wohl nach dem Prinzip von Treu und Glauben regelmäßig zu verneinen.

4. Daß der Kündigungsgrund erst **nach Beginn des Verhältnisses eintrete**, ist nicht nötig, s. indes wegen der früher schon vorhandenen und dem Kündigenden bekannten unten Bem. 6 Abs. 2. Dagegen muß er jedenfalls im Moment der Kündigung vorliegen, Lotmar S. 614 Anm. 1.

5. **Die Kündigung aus § 626 kann geschehen:**

a) Bei unbestimmter Dauer des Verhältnisses **ohne Einhaltung der Kündigungsfrist.**

b) Bei bestimmter Dauer **vor Ablauf der bestimmten Zeit.**

6. Daß die Bestimmung des § 626 **zwingendes Recht** sei, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, aber aus ihrem kategorischen Wortlaut und offenbaren Zweck zu folgern. So auch Planck Nr. 4, Lotmar S. 611.

Dagegen wird nichts im Wege stehen, im Vertrage einzelne bestimmte Eventualitäten aus dem Bereiche der als „wichtig" anzusehenden Kündigungsgründe von vornherein auszuschalten, wie auch umgekehrt deren Bereich auf andere an sich nicht darunter fallende Eventualitäten zu erstrecken. So auch Fuld S. 597, Kober-Staudinger II, 8, Lotmar S. 614ff.

Einem Verzicht auf das einmal entstandene Kündigungsrecht steht indes nichts entgegen, und im Eingehen des Dienstverhältnisses in Kenntnis des vorhandenen Kündigungsgrundes wird, wenn auch nicht immer, so doch meistens ein solcher zu finden sein.

Ein Verzicht ist z. B. anzunehmen, wenn der Arbeitgeber in Kenntnis des „wichtigen Grundes" eine ordentliche Kündigung nach § 621 vorgenommen hat. Es verstieße gegen Treu und Glauben, wollte er hernach noch zur unbefristeten Kündigung wegen desselben Grundes übergehen, OLG. Jena, Recht 05 500 Nr. 1926. Dagegen begründet ein gewisses Zuwarten nach Eintritt des Grundes noch nicht ohne weiteres einen Verzicht auf die Kündigung.

7. Ähnliche Bestimmungen finden sich mehrfach im BGB., so in den §§ 671, 696, 723. Über das Verhältnis des § 626 zu den einschlägigen Sätzen der GewO. s. Fuld aaO.

8. Anwendung des § 626 auf den Werkvertrag? Dafür, wennschon nicht ohne Bedenken, Rümelin S. 298ff. Die Frage ist schwerlich genügend geklärt und bedarf weiterer Prüfung.

§ 627.

Hat der zur Dienstleistung Verpflichtete, ohne in einem dauernden Dienstverhältnisse mit festen Bezügen zu stehen, Dienste höherer Art zu leisten, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, so ist die Kündigung auch ohne die im § 626 bezeichnete Voraussetzung zulässig.

Der Verpflichtete darf nur in der Art kündigen, daß sich der Dienstberechtigte die Dienste anderweit beschaffen kann, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt er ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er dem Dienstberechtigten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

E. II 565², RB. 618. — Prot. II S. 302—4.

1. **Prinzip:** Die Sonderbestimmung des § 627 beruht auf der Erwägung, daß ein Dienstverhältnis der in Frage stehenden Art seinen Zwecken nicht mehr recht zu entsprechen vermag, wenn das gegenseitige Vertrauen verschwunden ist. Insoweit erinnert sie an den bekannten, allgemeineren Satz des Landrechts (I, 5, § 408), wonach bei Verträgen über Handlungen überhaupt der Berechtigte, vorbehaltlich seiner Ersatzpflicht, das Verhältnis vorzeitig kündigen kann. Das BGB. hält das Kündigungsrecht in viel engeren Schranken (s. Nr. 2), gesteht es aber beiden Teilen zu.

2. **Die Voraussetzungen** des Kündigungsrechts sind dreifacher Art:

a) es muß sich handeln um **Dienste höherer Art**, und zwar um solche,

b) die **auf Grund eines besonderen Vertrauens** übertragen zu werden pflegen.

Wann diese Momente erfüllt sind, läßt sich wieder nicht weiter allgemein bestimmen, s. wegen des ersten Bem. 1 zu § 622; wegen des zweiten ist zu beachten, daß es nicht sowohl darauf ankommt, ob die Dienste im Einzelfalle auf Grund besonderen Vertrauens übertragen *sind*, sondern ob sie ihrer Art nach so übertragen zu werden *pflegen*. Es gehören dahin etwa die Dienste als Lehrer, Arzt, Anwalt.

c) es darf **kein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen** vorliegen, z. B. als Leibarzt, Erzieher, Schloßkaplan.

Über den Begriff eines dauernden Dienstverhältnisses s. Bem. 2a zu § 617; über den der „festen Bezüge" Bem. 2 zu § 622.

Daß das dauernde Verhältnis die *Arbeitskraft* des Dienstpflichtigen *vollständig oder vorwiegend in Anspruch nehme*, ist, abweichend vom § 617, *nicht* erfordert: auch der Anwalt, den eine Bank unbeschadet seiner sonstigen Berufsstellung dauernd als Syndikus angestellt hat, zählt hierher.

3. Sind die Voraussetzungen zu 2 erfüllt, so darf natürlich bei Vorhandensein eines „wichtigen Grundes" jeder Teil ebenso kündigen, wie er es auch ohnedies bereits nach § 626 gedurft hätte. Mangels eines solchen gilt folgendes:

a) **Der Dienstberechtigte ist** auch ohnedies schlechthin zur Kündigung befugt, Abs. 1; s. nur wegen der dann noch zu gewährenden Vergütung § 628.

b) **Der Dienstpflichtige kann** zwar auch mit Wirksamkeit überall kündigen, er **darf** davon aber dem Gegner gegenüber mangels eines nicht nur die Kündigung im allgemeinen, sondern auch gerade die *unzeitige* Kündigung rechtfertigenden „wichtigen Grundes" nur alsdann Gebrauch machen, wenn sich der Berechtigte die Dienste *anderweit verschaffen kann*. Ist das nicht der Fall, so haftet der Kündigende diesem auf Schadensersatz, offenbar im Sinne des vollen Erfüllungsinteresses. Und zwar ist der Ersatz hier, da Naturalherstellung nach der einmal vollzogenen und nach Abs. 1 als solcher auch wirksamen, also unwiederbringlichen, Auflösung des Dienstverhältnisses nicht mehr möglich, stets in Geld zu gewähren, § 251.

Wegen der Vergütung s. wieder § 628.

4. Daß der § 627 **zwingendes Recht** darstelle, folgt aus seiner sozialen Zweckbestimmung, da sonst die zu Eingang geschilderten unerfreulichen Erscheinungen doch wieder auftreten könnten. A. A. *Schollmeyer* Aufl. 1 S. 40 (in Aufl. 2 nicht wiederholt), sowie LG. Berlin II Bl. f. Rechtspfl. XIV, 39; wie hier *Kober-Staudinger* Nr. VI.

§ 628.

Wird nach dem Beginne der Dienstleistung das Dienstverhältnis auf Grund des § 626 oder des § 627 gekündigt, so kann der Verpflichtete einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen. Kündigt er, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles dazu veranlaßt zu sein, oder veranlaßt er durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen Teiles, so steht ihm ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben. Ist die Vergütung für eine spätere Zeit im voraus entrichtet, so hat der Verpflichtete sie nach Maßgabe des § 347 oder, wenn die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt, den er nicht zu vertreten hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten.

Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles veranlaßt, so ist dieser zum Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.

E. I 566² S. 2, E. II 566, RV. 619. — Mot. S. 470; Prot. II S. 304—7.

1. **Prinzip:** Die Kündigungen aus §§ 626—7 können auf den durch die geleistete Arbeit verdienten Lohn keinen Einfluß ausüben; vielmehr behält der ehemalige Dienstpflichtige den Anspruch auf einen entsprechenden Teil der vereinbarten Gegenleistung. Bei der Berechnung dieses Teiles soll es nach dem Text nicht allein und nicht einmal vorzugsweise auf die Zeit der Arbeit, sondern auf das Verhältnis der geleisteten Dienste, einschließlich der unmittelbar für die Ausführung der eigentlichen Dienstleistungen erforderlichen Vorbereitungshandlungen, z. B. Reise des Arztes zum Patienten (Prot. S. 305), zu den insgesamt versprochenen ankommen. Jedoch ist darunter nicht das Wertverhältnis, sondern das mechanisch-physische Verhältnis der „bisherigen Leistungen" zu den gesamten zu verstehen; daß die Frage, ob die vollzogenen Leistungen für sich für den Dienstberechtigten ein Interesse haben, in der Regel keinen Unterschied macht, ergibt sich daraus, daß Satz 2 diesen Gesichtspunkt als besondere Ausnahme verwertet. Daneben sind aber auch die dem Dienstpflichtigen etwa entstandenen Auslagen zu berücksichtigen, deren Vergütung in der einheitlich versprochenen Vergütung steckt, s. Planck Nr. 3a.

2. **Einschränkungen des Prinzips** ergeben sich durch Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2:

a) **zu Ungunsten des Dienstpflichtigen** in den Fällen, wenn er

α) entweder kündigt, ohne durch das vertragswidrige Verhalten des Berechtigten dazu veranlaßt zu sein;

β) oder durch sein eigenes vertragswidriges Verhalten die Kündigung des Berechtigten veranlaßt.

Über den Begriff des „vertragswidrigen Verhaltens" s. Lotmar, Arbeitsvertrag S. 245; es zählt dazu nicht nur die Verletzung einer durch besondere Bestimmung des einzelnen Dienstvertrages, sondern auch die einer gesetzlich für alle Dienstverträge von gewisser Art, z. B. durch §§ 618, 629, auferlegten Pflicht.

Zweifelhaft ist aber, ob das **„vertragswidrige Verhalten"** des einen oder andern Teiles ein **subjektives**, oder nur ein **objektives** sein müsse. Die erstere Auffassung vertrat die zweite Kommission, s. Prot. II S. 305—6, dafür auch Planck Nr. 3b unter Berufung auf den Sprachgebrauch des BGB., Kober-Staudinger II, 1 und dort Zitierte, Titze, Unmöglichkeit S. 298. Anders freilich Weyl, Verschuldensbegriffe S. 340 mit beachtenswerten Gründen. Trotzdem glaube ich der herrschenden Lehre beipflichten zu sollen: für eine unbeabsichtigte und unverschuldete Nichterfüllung der Vertragspflichten (etwa bei Krankheit, zu geringer Körperkraft, entschuldbarem Irrtum über die Tragweite der übernommenen Pflichten) würde der scharfe Ausdruck wenig passen. Es wäre gegenüber den sonstigen Haftungsgrundsätzen des BGB. eine auffällige Anomalie, den Gekündigten auch dann mit der Ersatzpflicht (s. unten) zu belasten, wenn er den Kündigungsgrund gar nicht verschuldet hatte.

Andererseits geht es mindestens in der Begründung entschieden zu weit, wenn das OLG. Hamburg, 8. II. 1904, Seuffert 60 Nr. 80 S. 153 sogar in einer falschen Anschuldigung des Dienstpflichtigen durch den Dienstherrn vom Standpunkt der herrschenden Lehre einfach um deswillen kein „vertragswidriges Verhalten" erblickte, weil der Dienstherr „den dringenden Verdacht oder gar die Überzeugung hatte", daß der Dienstpflichtige der Täter sei. Denn es kam alsdann noch immer darauf an, ob er unter Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu einer Geltendmachung dieses Verdachtes, einer Anzeige des Dienstpflichtigen berechtigt war. Verneinendenfalls wäre sein Benehmen gemäß BGB. § 276 auch vertragswidrig im subjektiven Sinne gewesen.

Dabei muß man die Verschiedenheit vom Kündigungsrecht aus § 626 beachten. Wer einen „wichtigen Grund" zur Kündigung hat, ist dazu nach dem dort Bemerkten durchaus nicht notwendig durch Vertragswidrigkeit des Gegners veranlaßt; es wird also z. B. die Kündigung des erkrankten Dienstpflichtigen, obzwar nach § 626 statthaft, unter α) fallen. Umgekehrt ist nicht immer dann der Fall zu β) gegeben, wenn der Dienstherr aus in der Person des Bediensteten liegenden Gründen (Krankheit!) ein Kündigungsrecht nach § 626 gewonnen hat.

Liegen die Fälle zu α oder β vor, so steht dem Dienstpflichtigen der Anspruch im Sinne von Nr. 1 insoweit nicht zu, als die bisherigen Leistungen für den Dienstberechtigten wegen der Kündigung kein Interesse haben. Wann dem so ist, ergibt der Einzelfall: z. B. das hergestellte bloße Stückwerk ist für sich wertlos; der Berechtigte muß dem zur Vollendung berufenen neuen Dienstpflichtigen (z. B. dem weiteren Anwalt) noch eben so viel Lohn zahlen, wie zur gesamten Dienstausführung.

b) **Zu Ungunsten des einen oder andern Teiles**, wenn die Kündigung durch **sein vertragswidriges Verhalten** „veranlaßt" ist. Dies trifft aber, anders als in den zu a) besprochenen Fällen, nur dann zu, wenn der eine Teil dem Gegner einen Kündigungsgrund durch sein Benehmen gewährt; nicht auch dann, wenn er selbst grundlos kündigt (so richtig Bernau, Iherings Jahrb. 44 275 gegen meine Aufl. 1). Denn die grundlose Kündigung kann eine Aufhebung des Dienstverhältnisses, wie Abs. 2 unterstellt, nur in den Fällen des § 627 herbeiführen; insoweit wird sie aber durch das Gesetz im allgemeinen gestattet und belastet den Kündigenden nur in den Ausnahmefällen des § 627 Abs. 2 mit einer Ersatzpflicht, woraus ein sicheres argumentum a contrario für die regelmäßigen Fälle solcher grundlosen Kündigung gewonnen werden kann.

Wegen des Begriffes „vertragswidriges Verhalten" s. das unter a) Gesagte.

In den Fällen zu b) **haftet** der Vertragswidrige dem andern Teil **auf Schadensersatz** im Sinne des vollen Erfüllungsinteresses, Abs. 2. Also z. B. der schuldige Dienstberechtigte muß den bedungenen Lohn für die rückständige Zeit bis dahin, wo das Verhältnis durch korrekte Kündigung hätte aufgelöst werden können, weiter zahlen, nur — dies nach der m. E. zwingenden Analogie von § 615 — unter Anrechnung des vom Dienstpflichtigen anderweit Verdienten und des böswillig unterlassenen Verdienstes. Wenn übrigens RG. 37 Nr. 41 S. 160 eine solche Anrechnung des anderweit Verdienten gegenüber dem Anspruche des zu Unrecht entlassenen Beamten verneint, weil dabei kein privatrechtliches Dienstverhältnis vorliege, so ist das deshalb sehr bedenklich, weil das Beamtenverhältnis wenigstens, soweit die Lohnfrage in Betracht kommt, eine privatrechtliche und dem Dienstverhältnis wesentlich gleichartige Seite besitzt. Auch ist die Anrechnungspflicht weniger eine Besonderheit nur des Dienstvertrages, als vielmehr eine Folgerung aus dem Schadensersatzbegriff; sie rechtfertigt sich aus dem allgemeinen Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung (compensatio lucri cum damno), s. Vorbem. 5 vor § 249.

Der schuldige Dienstpflichtige umgekehrt muß dem Berechtigten die etwaigen Mehrkosten für den einzustellenden Ersatzmann erstatten, ferner die zum Zweck dieser Neuanstellung erwachsenen Auslagen für Inserate und Provisionen. Nicht minder die durch die Unterbrechung der Arbeiten eintretenden Verluste oder Wertverringerungen am Material u. dergl.

Haften mehrere Dienstpflichtige, die etwa anläßlich eines Streiks gemeinsam den Vertrag brechen und dadurch dem Dienstberechtigten einen Kündigungsgrund an die Hand geben, für den entstandenen Schaden anteilsweise oder als Gesamtschuldner? Für die zweite Alternative die (gemeinrechtliche) Entsch. des RG. 47 Nr. 56 S. 248. Aber der Anspruch ist, obzwar auf Ersatz gerichtet, ein Vertragsanspruch; als unerlaubte Handlung wird man den Vertragsbruch höchstens unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 823 Abs. 2, 826 auffassen können. Und gerade in solchen Fälle liegt nicht ein Anspruch aus § 627 Abs. 2 vor, von dem hier die Rede ist. Denn dieser geht nur auf Ersatz des Schadens, der durch die mit der Kündigung eintretende Aufhebung des Dienstverhältnisses entsteht. Die Kündigung aber, obzwar durch das Benehmen des Gegners veranlaßt, ist immer ein Akt des Kündigenden, niemals eine unerlaubte Handlung des Gegners. Weder § 427 noch § 830 lassen sich für eine gesamtschuldnerische Haftung der aus Abs. 2 cit. Haftenden verwerten, sie haften vielmehr jeder nur für den durch seinen Austritt entstandenen Schaden, es sei denn, daß eine Gesamtschuld aus anderen Gesichtspunkten, die abgesehen von § 627 Abs. 2 die Haftung begründen, gegeben ist. So auch wesentlich Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag, S. 186, Kober-Staudinger III, 3.

Daß den schuldigen Dienstpflichtigen daneben auch noch die Folgen zu a) treffen können, liegt auf der Hand.

3. **Rückgewähr:** War der Lohn bereits vorausbezahlt, so kann sich in allen Fällen der vorzeitigen Vertragsauflösung, einerlei wer sie verschuldet oder veranlaßt hat, gemäß des zu Nr. 1 und 2a Gesagten die Notwendigkeit einer völligen oder teilweisen **Rückerstattung** ergeben. Über ihren **Umfang** bestimmt Abs. 1 Satz 3, der mit den

entsprechenden Sätzen der §§ 327 und 543 Abs. 2 genau übereinstimmt, s. Bem. zu letzterem.

4. **Auf die sonstigen Fälle vorzeitiger Lösung des Dienstverhältnisses** findet § 628 keine Anwendung; tritt sie auf Grund von Unmöglichkeit der Leistung oder Tod ein, so sind die §§ 323 ff. wegen der Folgen maßgebend, so auch Planck Nr. 4. Wohl aber wird man mit Planck Nr. 5 auf die Kündigung im Falle des § 1358 (s. diesen) den vorliegenden Abs. 1 entsprechend anwendbar erachten können.

Eine abweichende Auffassung vom Verhältnis der §§ 626, 628 zu §§ 323 ff. vertritt Titze, Unmöglichkeit S. 296 Anm. 10. Er läßt durch § 626 die Anwendung des allgemeinen Rücktrittsrechts außer Kraft gesetzt werden, weil neben dem einen kein Raum für das andere sei. Sicherlich mit Unrecht! § 626 gibt ein Kündigungsrecht, wenn und obwohl die Leistung noch möglich ist; soweit das nicht der Fall, ist für eine besondere Kündigung weder Raum noch Bedürfnis, da der Anspruch auf Erfüllung bereits ohnedies ausgeschlossen ist, und dem Dienstberechtigten, wenn der Gegner die Unmöglichkeit zu vertreten hatte, schon je nach Wahl ein Ersatzanspruch wie ein Rücktrittsrecht (dies mit Wirkung ex tunc) zustand. Nur gewissermaßen aushilfsweise tritt zu dieser allgemeinen die besondere Regelung aus § 626 hinzu: die Leistung ist noch möglich, aber dem einen Teil ist ihre Vor- oder dem anderen ihre Annahme aus besonderem Grunde nicht mehr zuzumuten. Gegen Titze auch Kisch, KrVJSchr. **44** 562; wie hier ferner Kober-Staudinger zu § 626, Ib und Neumann das.

Die Anwendung des § 326 freilich wird durch § 626 zwar nicht aufgehoben, aber zurückgedrängt: der Leistungsverzug des einen Teiles wird häufig, wennschon kaum immer, dem anderen einen wichtigen Grund zur Kündigung geben. Insoweit treten die Beschränkungen, unter denen § 326 wegen Verzuges des Gegners ein Rücktrittsrecht verleiht (Fristsetzung!), für den Dienstvertrag als überholt außer Kraft.

5. Für den Fall einer **Kündigung durch den Konkursverwalter** gibt der § 22 Abs. 2 KO. dem andern Teile schlechthin einen Anspruch auf Schadensersatz, der aber nur als Konkursforderung geltend gemacht werden kann, § 26 das.

§ 629.

Nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses hat der Dienstberechtigte dem Verpflichteten auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren.

Neuerung der Reichstagskommission, Bericht S. 50.

1. Der § 629 stellt eine Neuerung der Reichstagskommission mit sozialpolitischer Tendenz dar.

Über den Bericht des „dauernden Dienstverhältnisses" s. Bem. 2a zu § 617. Daß es bei Vorhandensein der dort mitgeteilten Kriterien einerlei sei, ob das Verhältnis auf normale oder auf anormale Weise (nach §§ 626–7) gekündigt wurde (so Aufl. 1), ist unhaltbar. Denn bei einer auf sofort (unbefristet) wirkenden Kündigung ist für das Gebiet der befristeten Kündigung, begründet eine Art Verwirkung der übrigens in ihrem Erfolg noch aufgeschobenen. S. Lotmar S. 582 Anm. 1, 603 Anm. 1. Wohl aber ist die Bestimmung auch bei der auf Grund von § 624 erfolgten Kündigung eines auf bestimmte längere Zeit eingegangenen Dienstverhältnisses am Platze.

Zweifelhaft ist dagegen, ob auch da, wo ohne Kündigung nur durch Zeitablauf das Verhältnis demnächst zu Ende gehen wird, die Bestimmung anwendbar sei. Wörtlich erstreckt sie sich nicht darauf, aber ich glaube die Frage doch mit Hilfe der Analogie und unter Berücksichtigung des Prinzips von Treu und Glauben bejahen zu sollen. Der Anspruch wird hier mit dem Momente ins Leben treten, wo das Verhältnis bei unbestimmter Dauer hätte spätestens gekündigt werden müssen, um zu dem vertragsmäßigen Endtermin beseitigt zu werden (§ 621). So auch Sigel S. 177, Kober-Staudinger Nr. 3; anders Türcke-Riedenführ Nr. 1. Aber sein Bedenken, daß dadurch der Dienstberechtigte unverhältnismäßig beeinträchtigt würde, müßte, wenn überhaupt, auch für die unmittelbar durch § 629 getroffenen Fälle zutreffen. Hat das Gesetz es bei diesem nicht für entscheidend erachtet, so kann es nach den Grundsätzen des geltenden Rechts überhaupt nicht als maßgebend angesehen werden; das Interesse des Dienstberechtigten wird durch das mit Recht höher gewertete gegenteilige Interesse des Dienstpflichtigen überwunden!

2. Bei Beurteilung der **angemessenen Frist** sind neben den etwaigen polizeilichen Anordnungen darüber die Umstände des Einzelfalles unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242) entscheidend, s. dazu auch Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB., Bd. 2 S. 290: die Zeit muß einmal zu den fraglichen Bemühungen ausreichen, dann aber muß sie in der Regel, d. h. wenn es sich um geschäftliche Dienstleistungen handelt, in die Geschäftszeit fallen, „da sonst die Bemühungen häufig vergeblich sind". Teilweise anders Kober-Staudinger Nr. 4, der zwar mit Recht darauf hinweist, daß die Anwendung des § 629 dem Interesse beider Teile billige Rechnung tragen müsse, aber damit das hier Gesagte nicht widerlegt. Denn jedenfalls ist die zu gewährende Zeit nur dann angemessen, wenn sie in die Tagesstunden fällt, wo üblicherweise Angebote von Arbeiten der einschlägigen Art stattfinden. — Daß § 629 nur an die Gewährung von Zeit denkt, die ohnedies dem Arbeitgeber hätte zur Verfügung gestellt werden müssen, ist selbstverständlich, Lotmar S. 477.

3. Ob dem Arbeiter die nach § 629 seiner vertragsmäßigen Tätigkeit entzogene Zeit zu **vergüten** sei, ist in der Praxis der Gewerbegerichte streitig geworden, s. die Angaben in Neumanns Jahrbuch II S. 367. Mit Sigel aaO. S. 176ff. wird man zur Entscheidung auf § 616 zurückgreifen und die Frage insoweit bejahen müssen, als die in Anspruch genommene Zeit „verhältnismäßig nicht erheblich ist". Übrigens ist sie zu verneinen, da § 629 dem Arbeiter nur das Recht gibt, anderen Dienst aufzusuchen, nicht aber auch das weitergehende, dies auf Kosten des Arbeitgebers zu tun.

4. Der Anspruch aus § 629 wird an sich auf dem gewöhnlichen Wege durchgesetzt werden müssen; im Wege der Selbsthilfe sich den Urlaub zu nehmen, ist nicht allgemein, sondern nur unter den Voraussetzungen gestattet, unter denen man nach § 229 den „Widerstand eines Verpflichteten zu brechen" befugt ist. S. dazu auch Sigel S. 177 und die Angaben bei Neumann, Jahrbuch II S. 367. Außerdem wird unberechtigte Verweigerung des Urlaubs dem Arbeiter vielfach nach § 626 einen „wichtigen Grund" zur sofortigen Kündigung und den Ersatzanspruch aus § 628 Abs. 2 geben.

5. Daß § 629 **zwingendes Recht** sei, dürfte sich mit Sicherheit aus seinem Charakter als sozialpolitisches Schutzgesetz ergeben. So auch Kober-Staudinger Nr. 7; Sigel S. 179.

6. Eine entsprechende Anwendbarkeit auf den Werkvertrag ist möglich und wahrscheinlich, dafür Rümelin S. 285.

§ 630.

Bei der Beendigung eines dauernden Dienstverhältnisses kann der Verpflichtete von dem anderen Teile ein schriftliches Zeugnis über das Dienstverhältnis und dessen Dauer fordern. Das Zeugnis ist auf Verlangen auf die Leistungen und die Führung im Dienste zu erstrecken.

E. II 568, RV. 620. — Prot. II S. 307—8, D. S. 122.

Literatur: Brückmann, Blätter f. Rechtsanw. 69 449ff.

1. Der Satz entspricht der Gewerbeordnung § 113 und den meisten Gesindeordnungen, s. wegen des Preußischen Gesinderechts Dernburg, Privatrecht II § 197 No. 23. S. jetzt auch das dem Muster unseres Paragraphen folgende neue HGB. §§ 73, 80.

Der Anspruch ist nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB. für klagbar zu erachten; nach Landesrecht findet vielfach (so in Preußen beim Gesinde) auch polizeiliche Vermittlung zur Erfüllung der Pflicht statt. Verweigerung des Zeugnisses und falsche Angaben darin machen den Dienstberechtigten nach allgemeinen Regeln ersatzpflichtig.

2. Über den Begriff des **dauernden Dienstverhältnisses** s. Bemerk. 2a zu § 617.

3. Zu fordern ist ein **schriftliches**, d. h. privatschriftliches **Zeugnis** im Sinne von § 126 (s. diesen); öffentliche Beglaubigung kann nicht verlangt werden.

Die **Kosten** trägt der Dienstpflichtige, da das Zeugnis seinem Interesse dienen soll. Das ist in dem in gewissem Sinn verwandten Fall der Quittung (§ 369) besonders

ausgesprochen und wird hier wohl auch, trotz der Streichung der anfänglich von der Kommission beschlossenen dahingehenden besonderen Bestimmung, angenommen werden müssen.

4. Das Zeugnis ist zu fordern „**bei der Beendigung** des Dienstes", also grundsätzlich in keinem früheren Moment, namentlich nicht schon von der vollzogenen Kündigung an. Das ergibt neben dem Wortlaute auch die Entstehungsgeschichte, indem ein gegenteiliger Antrag gestellt, aber abgelehnt wurde. So auch die herrschende Lehre, z. B. Kober-Staudinger Nr. 2a; Oertel, SächsArch. 12 28ff.; OLG. Darmstadt bei Seuffert 57 Nr. 15 S. 27 (Rspr. III S. 78). Anders Staub zu HGB. § 73 Anm. 1—2; Marcus, Recht 02 610, die wegen des Zusammenhanges mit § 629 den Anspruch schon von der vollzogenen (befristeten) Kündigung an gewähren. S. auch Neumann, Jahrbuch I S. 392.

Ganz zweifellos ist die Entscheidung in der Tat nicht. Zur Verständigung mag vielleicht dienen, daß man über den Wortlaut — der das zwar nicht ergibt, aber auch nicht unbedingt ausschließt — hinaus das Recht auf das Zeugnis wenigstens insoweit schon vor dem Ende des Dienstverhältnisses eintreten läßt, als es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erheischen, § 242. Denn insoweit würde der Anspruch sicherlich auch dann anzuerkennen sein, wenn es einen § 630 gar nicht gäbe.

Wenn Oertel aaO. andererseits den Anspruch auf das Zeugnis nach Beendigung des Dienstes nicht mehr anerkennen will, so ist das ein bedenklicher, den Zwecken des Gesetzes nicht gerecht werdender Formalismus. Dagegen auch Lehmann-Ring zu BGB. § 73 Nr. 1, Sigel S. 173, vermittelnd Kober-Staudinger Nr. 6 (innerhalb „angemessener Frist"). § 630 bestimmt doch sinngemäß nur über den Eintritt, nicht über den Endpunkt der Zeugnispflicht. Nur schikanöse oder doch ungebührlich verzögerte Nachforderungen dürften unbeachtlich sein; ebenso ist nach „Verlust" des zuerst erteilten (ein keineswegs seltener Fall) ein Anspruch auf ein neues Zeugnis grundsätzlich nicht mehr anzuerkennen. Anders allenfalls bei nachweislich schuldlosem Verlust des ersten Zeugnisses; hier könnte die Verweigerung des zweiten unter Umständen nach § 826 ersatzpflichtig machen.

5. Über den **Inhalt des Zeugnisses** s. den klaren Wortlaut des Paragraphen. Ohne Verlangen des Pflichtigen darf der Berechtigte sich darin nicht über das in Satz 2 Angegebene auslassen.

Jedenfalls muß das Zeugnis objektiv — nicht nur subjektiv — richtig sein; vorsätzliche oder fahrlässige Ausstellung eines unrichtigen oder unzulänglichen Zeugnisses verpflichten den Dienstherrn gegenüber dem Dienstpflichtigen zum Schadensersatz, s. näheres bei Brückmann aaO.; Angaben aus der Praxis bei Neumann II S. 368. Weniger weitgehend OLG. Hamburg 3. VI. 1902 in Rspr. V S. 269. Dort wird dem Dienstpflichtigen (Handlungsgehilfen) zwar mit Recht ein Anspruch auf Abänderung des unrichtigen Zeugnisses gewährt, ihm aber der Beweis der Unrichtigkeit auferlegt, und gegenüber einem vom Arbeitgeber „pflichtgemäß nach seiner besten Überzeugung abgegebenen Urteil" der Berichtigungsanspruch ganz versagt. Ähnlich auch RG. bei Neumann II S. 370.

6. Die Vorschrift dient dem Interesse der öffentlichen Ordnung und ist daher für **zwingend** zu erachten; eine Wegbedingung würde auch in der Regel einen schikanösen und daher unsittlichen Charakter tragen. So auch Kober-Staudinger Nr. 7.

7. Eine entsprechende Anwendbarkeit auf den Werkvertrag erscheint unbedenklich, Rümelin S. 285.

Siebenter Titel.

Werkvertrag.

Vorbemerkung.

Literatur: Riezler, Werkvertrag, 1900, s. weitere Angaben in Vorbem. vor § 614.

1. **Der Unterschied des Werkvertrages** (locatio conductio operis) **vom Dienstvertrage** wird von den Mot. S. 471 treffend dahin angegeben, daß bei diesem für die Arbeit als solche, bei jenem für das Arbeitsergebnis die Vergütung versprochen werde. Der Gegensatz war bereits den Römern bekannt, wenn sie auch in beiden Unterarten der locatio conductio sahen, und ist ebenmäßig in die neueren Gesetzbücher (Pr. Landrecht, Code, SächsGB.) übergegangen.

Über das Wesen des Gegensatzes ist schon in der Vorbem. 1 vor § 611 gehandelt worden. Es kommt danach für den Werkvertrag nur darauf an, daß der Unternehmer das Werk als solches, das Arbeitsprodukt — nicht nur, wie einzelne meinen, Bemühungen zu seiner Herstellung — herzustellen verspricht oder, was dasselbe ist, die Gefahr der Unternehmung auf sich nimmt. S. besonders Rümelin aaO., namentlich S. 16ff., Riezler S. 44. Gleichgültig ist dagegen:

a) **der Modus der Vergütung** (s. dazu auch Riezler S. 46ff., Rümelin S. 49ff.); sie kann sowohl einheitlich in Bausch und Bogen, versprochen sein, als auch der Feststellung nach besonderen Schätzungseinheiten (nach Maß, Zeit und Gewicht) überlassen bleiben, s. l. 36 D. 19,2: „opus quod ita conductum est, ut in pedes mensurasve praestetur“; l. 51 § 1 das. „locavi opus, ut pro opere redemptori certam mercedem in dies singulos darem“. Für das Preußische Recht ist allerdings mehrfach wegen I, 11, § 925 die Vergütung in Bausch und Bogen als für den Werkvertrag unentbehrlich bezeichnet worden, s. die Angaben in den Mot. aaO., aber auch dort wohl mit Unrecht (so Entsch. des RG. 10 Nr. 55 S. 204), und für das BGB. würde diese Annahme angesichts des allgemeinen Wortlautes schlechthin nichts für sich haben.

Andererseits macht auch die Vereinbarung eines Akkord- oder Stücklohns den Vertrag an sich nicht zu einem Werkvertrag. Das wird allgemein anerkannt. Eine zutreffende Anwendung davon macht das Urteil des LG. I Berlin bei Unger, Entsch. des GewG. Berlin, 1898, S. 12: auch ein Akkordarbeiter muß pünktlich bei der Arbeit erscheinen und kann nicht unter Berufung darauf wegbleiben, daß er dann einfach um so viel weniger an Lohn erhalte. Die Absicht bei der Akkordlöhnung ist lediglich auf Steigerung der Arbeitsleistung gerichtet, nicht auf Herabminderung der Pflichten des Arbeiters.

S. über die Vergütung ferner die Bem. 2a zu § 611.

b) Ebensowenig kommt es darauf an, ob das herzustellende **Arbeitsresultat** ein **körperliches** ist, z. B. Herstellung einer neuen Sache, Umänderung oder Verbesserung einer alten („**materielles opus**“, s. dazu auch Rümelin S. 147ff.), oder aber nur in der Ortsveränderung eines physisch unverändert bleibenden Gegenstandes (Transportvertrag, s. dazu Rümelin S. 156ff.) oder gar nur in einem **geistigen Effekt** (Unterweisung, Veranstaltung eines Schauspieles oder Konzertes) besteht — „**immaterielles opus**“, s. Rümelin S. 151ff. Die grundsätzliche Gleichstellung beider entsprach schon den bisherigen Rechten; nur für das Landrecht suchte die herrschende Auffassung auf Grund von § 925 den Vertrag auf erstere Kategorie zu beschränken, doch war dies zweifelhaft und wurde vom ROHG. Entsch. 23 Nr. 108 S. 320ff. verworfen, s. auch Mot. S. 506. Für das BGB. wird die Gleichstellung beider Arten in § 631 Abs. 2 besonders ausgesprochen, während der Entw. I sie wenigstens insoweit unterschied, als er zunächst nur die erste Klasse behandelte und dann in § 579 die Fälle der zweiten anschloß.

c) Ob die zur Herstellung des Werkes erforderlichen Arbeiten in das Gebiet der bisher sog. operae liberales oder illiberales fallen, ist, wie man auch für das bisherige Recht darüber denken mag, jedenfalls für das BGB. gleichgültig; das ergibt sich nicht nur durch die Gleichbehandlung beider beim Dienstvertrage, dessen Analogie in dieser Frage durchschlagend sein dürfte (s. Vorbem. 1 vor § 611), sondern auch durch den allgemeinen Wortlaut des § 631. So auch Mot. S. 472.

d) Trotz der abweichenden, vereinzelt gebliebenen Auffassung von Dankwardt (in Iherings Jahrb. 13 299ff.) ist für das GR. anerkannt, daß es für den Werkvertrag nicht auf die persönliche Mitwirkung des Unternehmers ankomme: auch der sog. „Entreprisevertrag“ ist in Wahrheit Werkvertrag. Anders freilich Landrecht I, 11, §§ 928—9 (s. dazu Mot. S. 472—3, Dernburg, Privatrecht II § 199 Nr. II). Daß das BGB. dem GR. folge, ergibt sich aus dem Mangel einer entsprechenden Einschränkung. Natürlich ist damit nicht ausgeschlossen, daß für den konkreten Werkvertrag die persönliche Ausführung durch den Unternehmer wesentlich sein kann.

e) Wohl aber gehörte es nach GR. zum Wesen des Werkvertrages, daß bei einem materiellen, auf Neuschaffung gehenden Werkes **der Stoff ganz oder wenigstens in der**

Hauptsache vom Besteller geliefert werde. Andernfalls sah man im Vertrage einen **Kauf**.

Das hat auch das BGB. in § 651 wenigstens soweit angenommen, als es in solchem Falle der Vertrag zwar nicht gerade Kauf sein läßt, aber wenigstens die Regeln des Kaufes ganz oder doch teilweise auf derartige Abreden für anwendbar erklärt, s. Bem. dazu. Dies vor allem, wenn es sich um Herstellung vertretbarer Sachen handelt, also besondere Kunstfertigkeit in der Regel nicht erwartet wird. Hier erscheint das stoffliche Moment als überwiegend, im Gegensatz zu dem hauptsächlich auf die Arbeit abstellenden Werkvertrag. S. Riezler S. 55.

Noch viel weniger kann es den übrigens gegebenen Charakter eines Kaufs in Frage stellen, daß die zu liefernde Sache nur eine künftige ist, Riezler S. 54—5.

2. a) **Die Abgrenzung des Werkvertrages** von verwandten Verträgen ergibt sich teils aus dem zu 1) Gesagten, teils aus den Vorbemerkungen vor § 611 (Dienstvertrag), namentlich Nr. 1 und 3, wo wegen des Mäkler-, Agentur- und Lohnvertrages das Nötige bemerkt ist. Im einzelnen:

α) Der Unterschied vom Auftrage wird auch hier, wie beim Dienstvertrag, durch die Entgeltlichkeit des Werkvertrages gegenüber der Unentgeltlichkeit des Auftrages gewiesen, jedoch gelten gewisse Regeln des letzteren laut § 675 wie für den Dienst-, so auch den Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat.

β) Unterschied vom Kauf, s. oben Nr. 1 c.

γ) Unterschied vom Dienstvertrag, s. oben 1 a. A. und Nr. 1 vor § 611.

Im Einzelfalle kann schwierig sein, festzustellen, ob dieser oder jener Vertrag einen Dienst- oder Werkvertrag darstelle, jedoch wird sich die Frage mit Hilfe der mitgeteilten Kriterien meistens mit ziemlicher Sicherheit lösen lassen. Ein zwar wichtiges aber, wie Rümelin überzeugend erwiesen hat, nicht entscheidendes (S. 35 ff.) Kennzeichen ist insbesondere noch, ob der Arbeiter bei der Ausführung im großen und ganzen unselbständig, den Weisungen des Bestellers mehr oder minder unterworfen, oder ob die Art der Ausführung im wesentlichen seinem eigenen Ermessen überlassen ist.

δ) Auch gegenüber der Miete bietet die Abgrenzung mitunter Zweifel. So besonders in den Fällen, wenn der Überlasser des Gebrauches einer Sache selbst oder durch seine Gehilfen behufs des Gebrauches eine Tätigkeit auszuüben hat. Jedenfalls wird der Charakter des Mietvertrages dadurch nicht in Frage gestellt, daß der Vermieter einen Kutscher, Schifferknecht oder auch die ganze Bemannung des vermieteten Schiffs zu stellen hat, solange die Gebrauchsüberlassung die Hauptsache bleibt und nicht ein bestimmtes Leistungsergebnis als solches versprochen wird. So mit Recht Entsch. des RG. 25 Nr. 25 S. 108. Ebensowenig wird das Geschäft zum Werkvertrag, wenn der Vermieter einer Maschine zu ihrer Inbetriebsetzung einen Maschinisten und einen Heizer stellt, OLG. Marienwerder bei Seuffert 58 Nr. 168 S. 315—6.

ε) Ferner kommen auch Mischbildungen vor, sowohl zwischen Werk- und Dienstvertrag (dazu Crome, Part. Rechtsg. S. 253), wie zwischen Werkvertrag und Miete (dazu Planck Vorbem. Nr. 2 a). Wie sonst, ist auch hier die Entscheidung danach abzugeben, welches Moment für die konkreten Vertragszwecke sich als das wesentliche ergibt, s. auch Crome § 264 Anm. 4, Lotmar, Arbeitsvertrag S. 177 ff., Riezler S. 49. Verfolgt die Abrede zwei im großen und ganzen gleich bedeutsame Hauptzwecke, so liegt darum zwar keine Mehrheit von Geschäften vor — denn das Verhältnis soll in der Regel demungeachtet im Zweifel ein einheitliches sein und bleiben —, wohl aber ein Kombinationsgeschäft, das in einer im einzelnen verschiedenen Weise sowohl nach den Regeln des einen wie denen des andern der dabei kombinierten Geschäfte zu beurteilen ist. Doch wird das nur selten sein. Anders, wenn die zweite der übernommenen Leistungen gegenüber der ersten nur einem nebensächlichen Zweck dient oder wenn sie, noch häufiger, gar nur als bloßes Mittel zur vollkommeneren Durchführung des wesentlichen Geschäftszweckes erscheint. Dann stellt sie nur ein für die grundsätzliche Beurteilung unmaßgebliches Beiwerk dar. So liegt zweifellos Werkvertrag vor, wenn ich im Theater, auf der Eisenbahn (Platzkarte!), dem Schiff einen bestimmten Platz „miete“, denn das allein wesentliche ist für mich die Aufführung, die Beförderung; der Platz dient mir nur als Mittel zum Zweck. Höchstens könnte in Bezug auf ihn ein pactum adiectum angenommen werden, das dann als solches den Regeln der Miete unterworfen sein möchte — so wenn ich neben dem mir ohnedies gewährten Anspruch auf Beförderung mir durch Lösung einer Zuschlagkarte das Recht der Benutzung eines Schlafwagenplatzes erwerbe. Anders wohl beim „D-Zuge“ wo

ich mir die Möglichkeit der Benutzung überhaupt nicht schon durch das Billet, sondern durch die daneben zu lösende Platzkarte erkaufe.

Umgekehrt ist die Werkleistung nur eine für den Geschäftstypus nicht entscheidende Nebenpflicht, wenn jemand eine Maschine verkauft unter der Verpflichtung zur Montage (OLG. Kiel bei Neumann II S. 374); wenn er eine Wohnung vermietet mit Zentralheizung (PrOVG. in DJZ. 1903 S. 575 Nr. 99). — Damit ist natürlich nicht gesagt, daß nicht für die Beurteilung der Nebenpflichten als solcher die Grundsätze des ihrer Eigenart angepaßten Geschäftes heranzuziehen seien.

Wegen der Vermietung eines Schiffes mit Stellung der Mannschaft und ähnlicher Fälle s. oben d).

ζ) Zweifelhaft ist die Beurteilung des Vertrages mit einem sogen. Impresario von Künstlern oder Künstlerinnen. Eine einheitliche Beurteilung erscheint nicht für alle Fälle möglich.

αα) Möglicherweise tritt der Impresario als Vertreter der Künstler auf, dann entstehen Rechte und Pflichten nur für diese, meist im Sinne eines gewöhnlichen Werkvertrages (so mit Recht BayObLG. 21. I. 1901 bei Seuffert 56 Nr. 221 S. 396, s. auch unten b γ); das Geschäft hat weiter keine Besonderheiten.

ββ) Möglicherweise verspricht er die Leistung als eigene und bedient sich der Künstler nur zu deren Erfüllung. Dann liegt ein Werkvertrag zwischen ihm und dem Theater- oder Varietébesitzer vor, aus dem er für die Künstler nach § 278 haftet.

γγ) Eine dritte Möglichkeit ist die, daß er sich gleichfalls persönlich verpflichtet, aber nicht zur Leistung, sondern nur zur Beschaffung der künstlerischen Tätigkeit. Dann liegt ein Vertrag auf Leistung eines dritten vor, und es ist Auslegungsfrage, ob er die Garantie dafür übernommen oder nur den Aufwand von Bemühungen versprochen hat.

Für diese dritte Eventualität, aber mit Garantieübernahme, entscheidet als im Zweifel zu unterstellen OLG. Hamburg bei Seuffert 56 Nr. 222 S. 398.

b) Dem Werkvertrag zum mindesten nahe verwandt sind noch:

α) **Der Vertrag über Lieferung elektrischer Kraft** (s. besonders Pfleghart. Elektrizität als Rechtsobjekt 1902 S. 225 ff.; Schlecht in Bl. f. RA. 67 8 ff., 31 ff.). Der Vertrag wird selbst von Pfleghart, der m. E. mit Unrecht die elektrische Energie zu den Sachen im Sinne des bürgerlichen Rechts zählt, weder als Kauf (S. 272—3) noch als eigentliche Sachmiete (S. 283) angesehen; ebensowenig stellt er Dienstmiete dar (S. 291). Wohl aber Werkverdingung; die Anzweifelungen Pfleghart's S. 291 ff., der dafür ein besonderes mit der Sachmiete am meisten verwandtes Geschäft annimmt, scheinen mir nicht durchschlagend. Daß das erzielte opus — die Beleuchtung — sofort mit der Herstellung wieder verschwindet, ist kein Grund: einmal haben zahlreiche als solche allgemein anerkannte Werke, z. B. Vorstellungen, im Grunde auch Transporte, keine den Akt der Vornahme überdauernde Existenz; das „Werk" liegt möglicherweise, und so auch hier, in der Herstellung eines momentanen Effekts als solchen. Zum andern aber ist eine derartige atomistische Auffassung, die die Beleuchtung in den einzelnen Zeitteilchen als selbständige Werke ansieht, weder nötig noch empfehlenswert. Das „Werk" besteht vielmehr in dem Gesamteffekt der dauernden, regelmäßigen Erleuchtung des in Frage stehenden Lokals. Auch die Modalitäten der Entlohnung sprechen nicht dagegen, s. oben Nr. 1 a.

Gegen Miete oder mietsähnliches Verhältnis andererseits spricht nicht nur, daß die elektrische Energie richtiger Ansicht nach keine Sache ist, sondern auch, selbst diese Eigenschaft zugegeben, daß die gelieferte Energie jedenfalls vom Entnehmer verbraucht wird, er also nicht nur den Gebrauch des in seiner Existenz dem Gegner verbleibenden Gutes erlangt, sondern dieses Gut selbst. Wie hier im Ergebnis Schlecht aaO., Kober-Staudinger zu § 581, I, 4, a a. E.

Verschieden von dem bisher besprochenen Vertrage sind übrigens:

αα) Die Verträge über Benutzung der Wasserkräfte, durch deren Verwendung elektrische Kraft gewonnen werden soll. Darin wird meist Pacht des Gewässers bezw. der Ufergrundstücke zu finden sein. So auch Kober-Staudinger aaO.

ββ) Der Vertrag mit einem Elektrizitätswerk über die Besorgung öffentlicher Beleuchtung, Pfleghart S. 241 ff. Das ist unbestritten ein reiner Werkvertrag, und zwar, auch wenn auf längere Zeit geschlossen, ein einheitlicher Vertrag, nicht eine Vielheit von Verträgen für die einzelnen Zeiteinheiten.

β) **Der Verlagsvertrag**, s. O. Wächter, Verlagsrecht 1857—8, Dernburg Privatrecht II § 210. Er ist zwar nach EG. Art. 76 dem Landesrecht vorbehalten, aber inzwischen durch RG. vom 19. VI. 1901 reichsrechtlich geregelt worden, s. dazu den Kommentar von Ph. Allfeld, München 1902.

γ) **Der Bühnenengagementsvertrag**, s. darüber Opet, ArchZivPrax. 86 155—222; derselbe, Deutsches Theaterrecht 1897, S. 159 ff., Marwitz, Der BEV., 1902. Opet weist den Vertrag in das Gebiet des Werkvertrages, nicht der Dienstmiete, wenn auch gewisse Modifikationen nicht zu verkennen sind, namentlich das regelmäßige, „zum Teil mit Ausschließungsbefugnis ausgestattete Recht des Schauspielers auf Betätigung seiner Leistungen". Deshalb und wegen anderer Eigentümlichkeiten, die offenbar nicht gegen das Wesen des Werkvertrages verstoßen, den Engagementsvertrag „als Innominatkontrakt im Sinne des modernen Rechts" zu bezeichnen, wie Opet in dem neueren Werk vorschlägt, dürfte kaum angemessen sein. Daß bei der Beurteilung zunächst auf die sich aus der, hier meist sehr ausführlichen, weil formularmäßigen (Beispiele bei O. Theaterrecht S. 467 ff.), Abrede oder aus der Eigenart des Verhältnisses ergebenden Besonderheiten Rücksicht zu nehmen sei, kann füglich nicht bestritten werden; es fragt sich aber, welche Regeln dahinter zur Anwendung kommen, und da läßt uns die Opetsche Konstruktion im Stich. Riezler S. 33 und Kober-Staudinger, Vorbem. III 1 c nehmen Werkvertrag nur an, wenn der Schauspieler gerade nur eine bestimmte Rolle übernimmt, dagegen bei Übernahme einer allgemeinen dauernden Verpflichtung Dienstvertrag. Dem glaube ich gleichfalls beitreten zu sollen (Aufl. 1 entschied allgemein für Werkvertrag).

Daß der **Theaterbesuchsvertrag** eine reine Werkverdingung sei, darf wenigstens für das BGB. nicht bezweifelt werden. So auch Opet, Theaterrecht S. 218—9.

δ) Als eine Abart des Werkvertrages sieht man auch meistens an die sogen. **locatio conductio irregularis**, s. dazu Windscheid II § 401 No. 12. Hier wird der Stoff, an dem das Werk (z. B. der Transport) vorgenommen werden soll, dem Werkmeister übereignet, so daß er auch die Gefahr deswegen trägt, und nicht dieselbe Sache, sondern nur ein entsprechendes Quantum in dem durch die Ausführung des Werkes hervorgerufenen Zustande zu erstatten hat. Darin wird man entweder eine Veräußerung des Stoffes mit Aufrechnung des Kaufpreises gegen die Kosten des zum opus verwendeten anderen Materials zu sehen haben, oder aber, was m. E. ebensogut zum Ziele führt und weniger gekünstelt ist, eine mit Übereignung der Sachen verbundene Nebenabrede zum Werkvertrage.

Erst recht ist dem so, wenn dem Unternehmer nicht das Eigentum am Material von vornherein übertragen, sondern ihm nur die Verwendung und Aneignung gegen Erstattung eines entsprechenden Quantums erlaubt wird.

3. **Die wesentlichen Pflichten** der Parteien ergeben sich aus §§ 631 und 640:

a) der Unternehmer hat das Werk herzustellen.

b) der Besteller hat das Werk abzunehmen, wenigstens wenn es dazu seiner Natur nach geeignet ist (§ 640), und die vereinbarte Vergütung zu zahlen; je nach der Abrede muß er dem Unternehmer auch Stoff und Werkzeuge zur Verfügung stellen.

Davon näher in den Bemerkungen zu den einzelnen Paragraphen.

4. Das BGB. behandelt, wie nicht alle Dienst-, so nicht alle Werkverträge; es gilt hierüber das in der Vorbem. 2 vor § 611 Gesagte; meist wird es sich bei jenen besonders geregelten Fällen freilich um Dienstverträge handeln.

5. Es ist möglich und wahrscheinlich, daß die Grundsätze für den Werk- in weitem Umfang auch auf den Dienstvertrag anwendbar sind, wie auch umgekehrt dies teils wegen der zulässigen Analogie, teils weil es sich im Grunde nur um besonderen Ausdruck allgemeiner Grundsätze handelt, die als solche auch auf einen sie nicht besonders heranziehenden Vertrag anwendbar erscheinen. So mit Recht Rümelin S. 177 ff. Wieweit das im einzelnen angehe, darüber s. Bem. bei den entsprechenden Paragraphen.

§ 631.

Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.

E. I 567[1], 579, E. II 569, RV. 621. — Mot. S. 470—3, 506—9, Prot. II S. 309, D. S. 123—3.

1. **Pflichten des Unternehmers:**

a) Er muß das versprochene Werk herstellen. Was dazu erforderlich ist, ergibt Wortlaut und Sinn der einzelnen Abrede. Über die Pflicht der fehlerfreien Herstellung handelt speziell § 633, s. Bem. dazu. Ob der Unternehmer das Werk **persönlich** herstellen, ob er **Gehilfen** dazu verwenden oder sogar die Herstellung als Ganzes **einem dritten** auf seine Rechnung weiter übertragen darf, bestimmt sich gleichfalls aus dem Vertrage, s. dazu Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 292 ff., System § 264 Nr. 2, Riezler S. 34. Das Gesetz gibt auch nicht einmal, anders als bei dem Dienstvertrage (§ 613), eine Auslegungsvorschrift; mit Recht, denn der Unternehmer hat nicht gerade seine Arbeit, sondern nur ein Arbeitsresultat versprochen, und sofern dieses vertragsmäßig ausgeführt wird, kann es dem Besteller in der Regel gleichgültig sein, durch wen die Herstellung erfolgt ist.

Natürlich ist in sehr vielen, vielleicht den meisten Fällen, dem Unternehmer persönliche Herstellung zur Pflicht gemacht, sei es mit, sei es selbst ohne Zuziehung von Gehilfen. Das kann sich ergeben sowohl auf Grund besonderer Abrede, wie aus der Natur und dem Zwecke der zu machenden Leistung, z. B. bei künstlerischen oder wissenschaftlichen Ausarbeitungen, s. dazu auch Bem. 1 zu § 267. Es kann jedoch auch der Fall so liegen, daß der Unternehmer nachträglich, der anfänglichen Abrede zuwider, die Ausführung einem dritten zu übertragen berechtigt wird, etwa wenn er infolge veränderter Umstände zur persönlichen Herstellung unfähig wird, und der Besteller die Ausführung durch einen dritten der gänzlichen Nichtausführung erweislich oder doch vermutlich vorzieht, s. dazu die treffenden Bemerkungen bei Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 296 ff.

b) zur Herstellung des Werkes gehört nicht nur die physische Gestaltung selbst, sondern bei materiellen Werken in der Regel auch die **Ablieferung.** Das ergibt sich schon aus §§ 640, 641, 646. Ob sie beim Unternehmer oder beim Besteller zu geschehen habe, bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 269 ff. Sehr oft wird nach der erkennbaren Parteiabsicht jenem die Pflicht der Übersendung zum Besteller obliegen, z. B. wenn ein Handwerker dessen Sache reparieren soll und sie zu diesem Zwecke in seine Werkstatt geschafft hat, so auch RG. 35 Nr. 31 S. 137.

Die Ablieferung hat natürlich **dem Gläubiger gegenüber** zu erfolgen, **nicht** dem etwa davon verschiedenen **Eigentümer** des zu bearbeitenden Gegenstandes. Auch der Umstand, daß der Eigentümer seine reparaturbedürftige Sache im Auftrage des Bestellers dem Werkmeister übergibt, berechtigt diesen an sich nicht, sie nachher jenem statt dem Besteller abzuliefern. Wenn das RG. aaO. S. 138 entgegengesetzt entscheidet, so tut es das, wofern ich seine Begründung recht verstehe, lediglich auf Grund der Unterstellung, daß in dem zu entscheidenden Fall ein stillschweigendes Mandat zur Herausgabe an den Eigentümer vorgelegen habe.

c) Wegen etwaiger Nebenpflichten s. unten Nr. 3. Als eine solche kommt für den Unternehmer insbesondere die vor, daß er vielfach dem Besteller eine allgemeine Unterweisung über die Ingebrauchnahme des Werkes zu erteilen hat, z. B. bei Maschinen. Auch die Erteilung von Rat an den nichtsachverständigen Besteller, ob und inwieweit ein Werk der bestellten Art zu dem allgemeinen oder besonders angegebenen Gebrauchszweck auch wirklich verwendbar sein werde, wird dem sachverständigen Unternehmer öfters obliegen, so mit Recht OLG. Dresden in Rspr. VII S. 477.

d) Muß der Werkmeister außerdem den **Stoff** für das herzustellende Werk liefern? Allgemein läßt sich auch diese Frage nicht entscheiden, die Antwort hängt wieder von der besonderen Abrede und der Natur der Leistung ab. Bei Reparaturen wird sie in der großen Mehrzahl der Fälle zu bejahen sein.

Ähnliches gilt von der Frage nach Lieferung der zur Herstellung zu verwendenden **Materialien.**

Liefert der Unternehmer den **Hauptstoff**, nicht bloße Zutaten, so kommt § 651 zur Anwendung, s. Bem. dazu.

e) Wegen der **Folgen einer mangelhaften Ausführung** des Werkes s. §§ 633 bis 639. Sie sind hier mit Recht gegenüber dem Kaufe abgeschwächt, weil im Gegensatz zu diesem das nicht abgenommene oder zurückgegebene Werk in der Regel überhaupt unverwendbar sein, also eine volkswirtschaftlich unnütze Aufwendung von Kapital und Arbeit darstellen würde.

2. **Pflichten des Bestellers.** Von ihnen wird hier nur die zur Zahlung der Vergütung behandelt, wegen anderer s. Vorbem. Nr. 3 und oben Nr. 1c. Wegen des Begriffes der Vergütung ist auf das zu § 611 Nr. 2a Ausgeführte und die Vorbem. vor § 631 Nr. 1a zu verweisen. Ein Geldlohn ist natürlich auch hier nicht erforderlich, ebensowenig wie beim Dienstvertrage; das ergibt sich für den Werkvertrag noch besonders aus § 641 Abs. 2.

Für den Fall einer nicht ausdrücklich ausgemachten Vergütung gibt § 632 besondere Vorschriften. **Fehlt es aber überhaupt** an einer Vergütung, so liegt keine Werkverdingung vor, sondern je nachdem Auftrag, Schenkung oder ein sonstiger Vertrag. Möglicherweise sind aber die Vorschriften unseres Titels, die nicht gerade mit der Zweiseitigkeit der Vertragsleistungen zusammenhängen, auch auf solche Fälle anwendbar; s. Mot. S. 473.

3. Der einen oder andern Partei können **Nebenverpflichtungen** verschiedenen Inhalts auferlegt sein, s. dazu ausführlich Planck Nr. 2 und 3. Etwas allgemeines läßt sich darüber kaum sagen; es kommt überall zunächst auf die besondere Abrede an, aber auch ohne solche kann sich aus der Eigenart der Leistung unter Berücksichtigung des Prinzips von Treu und Glauben diese oder jene Verpflichtung ergeben. S. wegen der Nebenpflichten des Unternehmers auch oben Nr. 1c. — Als eine solche des Bestellers läßt sich z. B. die anführen, daß er den Unternehmer über die etwa gefährlichen Eigenschaften des Materials, der auszubessernden Sache tunlichst aufzuklären hat.

Bei den Beförderungsverträgen der Eisenbahn erscheint als allgemeine Nebenpflicht die Gewährung des Durchgangs zum Bahnsteig, des Aufenthalts in Wartesälen, sodaß sie sich bei schuldhafter Verletzung dieser Pflichten haftbar macht, s. RG. ZS. II, Bd. 4 Nr. 54 S. 193.

Eine besondere Vergütung für seine etwaigen Nebenleistungen (Zeichnungen, Kostenanschläge) kann der Werkmeister neben dem in Bausch und Bogen bedungenen Lohn in der Regel nicht fordern, weil im Zweifel in diesem mitenthalten, s. Seuffert, Archiv 47 Nr. 25 S. 40. Dies auch, wenn er sie vor endgültiger Übertragung des Werkes selbst gemacht hat. Aufl. 1 fügte hinzu, das sei anders, wenn dem Unternehmer nachher die Ausführung nicht überlassen werde; dann habe man einen selbständigen Vertrag nur gerade auf Anfertigung jener Pläne anzunehmen, für den, event. nach § 632, eine Belohnung auszumitteln ist. Aber das geht wohl zu weit (s. die Angaben in Neumanns Jahrb. II S. 375). Möglicherweise ist die Absicht der Parteien nur die, daß der Unternehmer mit dem erbetenen Anschlag ein „eingehend spezialisiertes Angebot" machen soll, um den Gegner zur Vergebung der Arbeit an ihn zu veranlassen. Dann ist bei Nichtzustandekommen des Werkvertrages eine Vergütung oder Entschädigung nicht zu leisten. Mangels anderer Anhaltspunkte wird es wohl darauf ankommen, ob der hergestellte Anschlag einen selbständigen Wert für den Besteller besitzt oder nicht. Das ist bei Zeichnungen, Grundrissen usw. wohl meistens der Fall; nichts hindert den Besteller, sie seinerseits später selbständig zu verwerten. Anders aber in der Regel bei bloßen Kostenanschlägen über den Bau eines bestimmten Hauses, falls dieser nachher nicht zu stande kommt. S. auch Hilse, Recht 03 573, Michels, das. 04 133ff., der zuweitgehend bei allen Skizzen, Entwürfen usw. im Zweifel eine Lohnzahlungspflicht annimmt, sofern die Anfertigung der Vorarbeiten vertragsmäßig übernommen ist.

4. Zu bemerken ist noch, daß der Werkvertrag ganz besonders nach den Grundsätzen **von Treu und Glauben** zu beurteilen ist; daß der Unternehmer danach insbesondere nicht mechanisch das in der Abrede Enthaltene auszuführen berechtigt und verpflichtet ist, sondern z. B. bei einer eingetretenen Änderung der Situation „seine Tätigkeit soweit dem abgeänderten Verlauf der Sache anpassen muß, als dies zur Erreichung des beiderseits gewollten Zwecks erforderlich ist, wenn dieser Zweck bei der

geänderten Sachlage ohne erhebliche Opfer erreicht werden konnte.“ So die beachtenswerte Entsch. des RG. bei Seuffert 46 Nr. 183 R. 284.

Damit ist aber natürlich nicht gesagt, daß wegen Änderung der Produktionskosten oder -verhältnisse der Besteller eine Verminderung, der Unternehmer eine Erhöhung des ausgemachten Lohnes nachträglich beanspruchen könne, wenn das auch nicht, wie z. B. in anderen Rechten, namentlich im Code Art. 1793, als unstatthaft besonders ausgesprochen ist. Ebensowenig kann der Unternehmer wegen willkürlicher Änderungen der Ausführung einen höheren Lohn verlangen, sondern höchstens Ersatz der Auslagen nach den Regeln der Geschäftsführung. Mot. S. 493—4. Der Code Art. 1793 hatte in solchem Falle dem Werkmeister jedweden Ersatzanspruch entzogen.

§ 632.

Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.

E. I 567², E. II 570, RV. 622. — Mot. S. 472, Prot II S. 309.

Der Satz entspricht dem § 612, s. die Bemerkung dazu, ferner die §§ 653 und 689.

Streitig ist die Beweislast in dem Fall, wenn gegenüber dem beanspruchten angemessenen Lohn der Besteller die Vereinbarung eines davon abweichenden bestimmten Lohnes behauptet. S. die auch hier verwendbaren Bem. zu § 453. Die herrschende Lehre, besonders Stölzel und das RG. (s. zuletzt Seuffert 58 Nr. 137 S. 260) halten an der Beweislast des Klägers fest, was m. E. nicht unbedenklich erscheint.

§ 633.

Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

Ist das Werk nicht von dieser Beschaffenheit, so kann der Besteller die Beseitigung des Mangels verlangen. Der Unternehmer ist berechtigt, die Beseitigung zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert.

Ist der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzuge, so kann der Besteller den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen.

E. I 569², E. II 571, RV. 623. — Mot. S. 479—83, Prot. II S. 309—11, D. S. 123—4.

Literatur: Riezler, S. 110ff., Levy, Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrag. Dissert. Erlangen 1903.

I. **Kreis der vertretbaren Mängel:**

a) Die §§ 633ff. handeln insbesondere von den Verpflichtungen des Unternehmers in Bezug auf die fehlerfreie Herstellung des Werkes und den Folgen einer fehlerhaften.

Dabei ist zweifelhaft, ob die zu erläuternden Sätze der §§ 633—4 nur auf materielle (s. Rümelin S. 203ff.) oder auch auf immaterielle Werke anwendbar seien (s. Riezler S. 123). Der Anspruch auf Beseitigung des Mangels aus § 633,

sowie die Wandlung werden so gut wie ausnahmslos auf den Bereich der erstgenannten Klassen beschränkt bleiben müssen, weil sie bei immateriellen teils unmöglich sind, teils doch zu unverhältnismäßigen Schwierigkeiten und Weiterungen („Rückgewähr" der vollzogenen Dienstleistung!) führen. Aber auch für eine Minderung fehlt es bei immateriellen Werken in der Regel an „irgend einem Maßstab, nach dem die dafür notwendigen Zahlen gewonnen werden können" (Rümelin S 204). Sie deshalb allerdings formell versagen und den Besteller mit Rümelin auf den Schadensersatzanspruch verweisen, heißt die Schwierigkeit umgehen; m. E. ist es empfehlenswerter und dem nicht unterscheidenden Wortlaut (s. auch Mot. S. 508) angemessener, unter Anerkennung der hervorgehobenen Schwierigkeiten die §§ 633—4 grundsätzlich auf immaterielle Werke soweit anzuwenden, als nicht die Eigenart des Falles die Anwendbarkeit des einen oder anderen Rechtsbehelfes tatsächlich ausschließt.

b) Im einzelnen:

α) Im Gegensatz zum Kauf ist dabei nicht auch von rechtlichen, sondern nur von faktischen Mängeln die Rede. Dies, weil beim eigentlichen Werkvertrag für eine Verschaffungspflicht meistens (Levy meint sogar: ausnahmslos) kein Raum ist. Denn der Unternehmer liefert dabei entweder überhaupt keinen Stoff, oder nur Zutaten, die, auch wenn er nicht ihr Eigentümer war, dem Besteller wenn nicht schon wegen § 932, so doch mindestens auf Grund von §§ 946—7 zufallen. Sollte das, wie möglicherweise bei zu liefernden Zubehör, ausnahmsweise nicht zutreffen, so wird man die §§ 633ff. auch auf derlei Mängel sinngemäß anwenden können, da alsdann das Werk im Grunde ebensowenig wie bei tatsächlichen Mängeln vertragsgemäß hergestellt und geliefert ist. Liefert der Unternehmer aber den Hauptstoff, so kommen überhaupt andere Regeln zur Anwendung, § 651.

β) Wie beim Kauf, werden auch beim Werkvertrag **zwei Arten von vertretbaren Mängeln** unterschieden:

αα) **fehlende zugesicherte Eigenschaften,**

ββ) **Fehler,** „die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern".

Beides stimmt genau überein mit den in § 459 für den Kauf ausgesprochenen Haftungsgründen; es ist daher wegen der Bedeutung beider Kategorien einfach auf das zu § 459 Bemerkte zu verweisen. Nur darin besteht ein Unterschied, daß hier die dort gemachte Einschränkung, wonach eine unerhebliche Minderung nicht in Betracht komme, nicht wiederholt wird, s. aber unten Nr. 2a, auch Nr. 4 zu § 634.

2. **Rechtsfolgen der Mängel**: Während die Voraussetzungen der Mängelhaftung mit denen beim Kauf übereinstimmen, ist das bezüglich der **Wirkungen** mit nichten der Fall; diese sind hier weniger weitgehend;

a) Zunächst kann nur **Beseitigung des Mangels** verlangt und event. darauf geklagt werden, Abs. 2. Nur bei unverhältnismäßiger Kostspieligkeit der Beseitigung kann der Unternehmer einredeweise die Beseitigung verweigern (z. B. er müßte das ganze Haus niederreißen, um eine anderweite Verteilung der ungeschickt angelegten Räume zu gewinnen; einen kostbaren Einband ganz vernichten, weil sich auf dem Rücken des Buches ein kleiner Druckfehler befindet). Wozu der Aufwand unverhältnismäßig sein muß, um die Einrede zu begründen, sagt das Gesetz nicht; man wird annehmen: zu dem durch die Beseitigung zu erzielenden Ergebnis und somit indirekt auch — worauf Aufl. 1 allein abstellte — dem dadurch zu machenden Interesse des Bestellers. Wenn Crome (§ 265 Anm. 44) verlangt, die Kosten müßten unverhältnismäßig sein „zum Wert oder der Bedeutung des ganzen Werks", so erscheint das zu eng: müßte z. B. der Baumeister einer Villa wegen eines verhältnismäßig geringfügigen Fehlers in Konstruktion oder Raumverteilung im Erdgeschoß des Stallgebäudes dieses auf seine Kosten niederreißen und neuaufbauen, so wäre der Kostenaufwand schwerlich im Sinne der Cromeschen Formel unverhältnismäßig, da das Stallgebäude gegenüber den Kosten der Villa im ganzen nur einen unbedeutenden Kostenaufwand erfordern wird. Und doch wäre, das wird auch Crome laut seines eigenen insoweit gleichliegenden Beispiels zugeben, die Versagung der Einrede hier ungemein hart.

Als Grundgedanke unserer Bestimmung erscheint somit, daß eine Abwägung der widerstreitenden Interessen eintritt, und damit das vom sozialen Standpunkt aus anstößige Ergebnis vermieden wird, daß dem einen mehr genommen werde, als der

andere erhält. Dem Besteller verbleiben ja immer noch die übrigen, weiter darzustellenden Gerechtsame.

b) Der Besteller kann **die Abnahme des mangelhaften Werkes verweigern**, § 640, nicht minder nach §§ 320 ff. die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend machen, soweit das nicht, bei verhältnismäßiger Geringfügigkeit des Mangels, gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Dies grundsätzlich auch noch nach der Abnahme, OLG. Breslau bei Seuffert 59 Nr. 77 S. 140, da diese zwar die Beweislast verschiebt, § 363, aber das Rügerecht grundsätzlich nicht (s. nur § 640 Abs. 2 und Bem. dazu) vernichtet. Anders Erk. in SeuffBl. 68 442.

c) Weitere Rechte gewinnt der Besteller bei **Leistungsverzug** des Unternehmers in Beseitigung des Mangels. Er kann dann nach Abs. 3, ähnlich wie bei der Miete nach § 538 Abs. 2 (s. Bem. dazu), den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der **„erforderlichen" Aufwendungen** verlangen, also nicht auch derer, die er unnötigerweise über das erforderliche Maß hinaus gemacht hat. Für unverhältnismäßig hohe Aufwendungen im Sinne von Bem. a ist der Ersatzanspruch natürlich nicht gegeben, da ja der Unternehmer sie verweigern, ihretwegen also auch nicht in Leistungsverzug kommen konnte. Anders nur, wenn der Unternehmer im Prozeß die Einrede nicht vorgebracht hat und daher ohne Rücksicht auf sie verurteilt ist.

Die Voraussetzungen des Verzuges bestimmen sich nach §§ 284 ff. Neben den oben genannten besonderen treten auch die allgemeinen Folgen des Verzuges ein, s. §§ 286 ff., 326 ff.; jedoch werden die dort gegebenen Rücktrittsrechte (hinsichtlich deren übrigens zu beachten ist, daß in unserem Fall an sich nur teilweise Nichterfüllung in Frage steht) hier ersetzt durch das in § 634 gegebene Recht. Ob sie aber noch Bedeutung bekommen können nach der etwa vollendeten kurzen Verjährung (§ 638) der Ansprüche aus § 631 — so Aufl. 1 und ihr folgend Kober-Staudinger III, 2cd — erscheint sehr zweifelhaft. Ist der Anspruch auf Beseitigung des Mangels einmal verjährt, so kann der Unternehmer mit ihr auch nicht mehr in Verzug kommen, also auch dessen Folge nicht mehr eintreten. Auch vorher ist das allgemeine Rücktrittsrecht wegen Verzuges nicht neben den Sonderregeln der §§ 633—4 anwendbar. Denn wenn diese die dem Rücktritt wesentlich entsprechende Wandelung aus bewegenden sozialen Rücksichten (s. Nr. 1e zu § 631) grundsätzlich nur beschränkt zulassen (§ 634), so ist nicht anzunehmen, daß die dem Unternehmer damit gewährte Erleichterung durch Zulassung des allgemeinen Rücktrittsrechts aus § 526 hinterrücks wieder halb verkümmert werden dürfe.

d) Wegen des **Umfanges des Erstattungsanspruches** s. §§ 256 ff. und Bem. dazu. Zu beachten ist, daß es sich hier um einen **vertragsmäßigen Anspruch** handelt, der keineswegs von den besonderen Voraussetzungen der Geschäftsführungsansprüche abhängig ist. Hat freilich der Besteller schon vor Eintritt des Verzuges die Beseitigung vollzogen, so steht ihm ein Ersatzanspruch an sich nur nach den Regeln der §§ 677 ff. zu: er hat hier ohne Auftrag und besondere Berechtigung ein dem andern obliegendes Geschäft, die Beseitigung des Mangels, zu der dieser verpflichtet war, ausgeführt.

Doch gilt das, wie Rümelin S. 186 zutreffend bemerkt, nicht ausnahmslos: war der Mangel durch einen vom Unternehmer zu vertretenden Umstand entstanden, so kann die Notwendigkeit einer schleunigen Verbesserung durch einen andern Arbeiter zu dem daraus entsprungenen Schaden gerechnet werden; für die damit verbundenen Kosten haftet der Unternehmer insoweit aus dem Gesichtspunkte der Schadensersatzpflicht, s. auch unten f).

e) Nicht allgemein, wie beim Kauf, sondern nur unter besonderen Voraussetzungen gewinnt der Unternehmer auch die Ansprüche auf Wandelung und Minderung; dies nach § 634, s. Bem. dazu.

Anders bei vertragsmäßig ausbedungenem Rücktrittsrecht, besonders auch beim Fixgeschäft, § 361.

f) Beruhen die Mängel auf einem von dem Unternehmer zu vertretenden Umstande, so haftet er dem Besteller auch noch auf vollen Schadensersatz, § 634, s. Bem. dazu.

g) Eine besondere Behandlung erfahren die durch den vom Besteller gelieferten Stoff oder durch seine Anweisung entstandenen Mängel, s. § 645 und Bem. dazu.

h) Besteht auch **Anspruch auf Lieferung eines anderen, mangelfreien Werkes?** Die Frage ist in der Doktrin (s. Goldmann-Lilienthal S. 648 Anm. 19) wie in der Rspr. wiederholt verneint worden, so vom RG. 57 Nr. 63 S. 276 und vom

OLG. Marienwerder, Recht 03 361: Das Gesetz erwähne ein solches Recht nicht; auch beim Kauf sei es nur kraft besonderer Hinzufügung für den Gattungskauf aufgenommen. Dagegen Rümelin S. 77 ff., der den in Frage stehenden Anspruch unter Umständen aus dem Beseitigungsanspruch (oben a) glaubt ableiten zu können. Dem wird man, freilich mit Einschränkungen, im Ergebnis beitreten:

α) Die Analogie des Spezieskaufes schlägt deshalb nicht durch, weil dort keine Pflicht zur Lieferung der Sache als einer fehlerfreien anzuerkennen ist (s. Vorbem. vor § 459), während hier, wie schon die Anfangsworte des Textes und der Beseitigungsanspruch (oben a) beweisen, das Gegenteil stattfindet. Daß der Unternehmer durch seinen erfolglosen oder mangelhaften Ausführungsversuch von dieser Pflicht frei geworden sei, dafür läßt sich kein Rechtsgrund ausfindig machen; Untergang (Mißlingen) des Werkes und Unmöglichkeit seiner Ausführung sind grundverschiedene Dinge, s. unten Bem. 1b zu § 644.

β) Also ist der Anspruch auf Neuausführung wenigstens bei Untergang des Werkes an sich anzuerkennen, nur unter den bei § 644 Nr. 1b zu entwickelnden Einschränkungen. Wollte man ihn aber bei bloßen Mängeln gleichfalls gewähren, so hieße das, der Unternehmer behielte das ursprüngliche, mangelhafte Werk auf dem Halse, obwohl er vermutlich keine Verwendung dafür hat. Das wäre eine Härte, die wir dem Gesetz nicht zumuten können, und die die durchschlagende Analogie des § 634 entscheidend gegen sich hat. Derselbe Grund, der zur Einschränkung der Wandelung auf die dort aufgeführten Eventualitäten geführt hat, trifft zwar nicht mehr, aber auch nicht weniger auf den hier in Frage stehenden Anspruch zu.

γ) Das Ergebnis lautet somit: der Anspruch auf Neuherstellung des Werkes an Stelle des mangelhaften besteht keinenfalls in weiterem Umfang, als der Besteller nach § 634 Wandelung begehren könnte. Aber auch in dieser Begrenzung wird man ihn nur unter den Voraussetzungen anerkennen dürfen, die auch nach völliger Zerstörung des Werkes eine Wiederherstellungspflicht des Bestellers übrig lassen und die näher bei § 644 (Nr. 1b cit.) darzustellen sind.

3. **Bisheriges Recht:** Mit dieser Regelung zu 2 folgt das BGB. nur zum Teil den früheren Rechten. Es geht hinaus über das Gemeine Recht, das nichts besonderes bestimmte, sondern die allgemeinen Regeln hier eintreten ließ: also Anspruch auf Beseitigung des Mangels und event. Schadensersatz, aber nicht die Gerechtsame des § 634. Andererseits bleibt das neue Recht zurück hinter dem Landrecht (I, 11, §§ 947 ff.) und SächsGB. (§ 1247), die ohne weiteres ein Recht auf Minderung oder Rücktritt gewähren, bei Verschulden des Unternehmers auch ein solches auf Schadensersatz, während der Anspruch auf Umarbeitung dem Landrecht nach der herrschenden Lehre fremd ist (s. Mot. S. 480, Dernburg, Privatrecht II § 200 No. 15). Wegen des Code s. Mot. aaO.

4. **Beweis:** Es gelten die allgemeinen Grundsätze. Nimmt der Besteller die Sache wegen des Fehlers nicht an, so muß der Unternehmer beweisen (§ 320); Annahme der Sache überträgt die Beweislast auf den Besteller, sofern sie ihm nicht überhaupt seine Rechte nimmt, §§ 363, 640 Abs. 2.

Die Voraussetzungen des Weigerungsrechtes aus Abs. 2 Satz 2 muß der Unternehmer, die des Ersatzanspruches aus Abs. 3 der Besteller beweisen.

5. S. wegen der Verjährung § 638; wegen der hier zulässigen und praktisch wichtigen Sicherung des Beweises ZPO. § 488.

6. Ist § 633 auf den **Dienstvertrag anwendbar?** S. dazu die eingehende, fast überall mit zutreffender Begründung zu einem bejahenden Ergebnis führende Untersuchung bei Rümelin S. 180 ff., insbesondere wegen Abs. 2 s. S. 184–5, wegen Abs. 3 S. 187.

§ 634.

Zur Beseitigung eines Mangels der im § 633 bezeichneten Art kann der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Zeigt sich schon vor der Ablieferung des Werkes ein Mangel, so kann der Besteller die Frist sofort bestimmen;

die Frist muß so bemessen werden, daß sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft. Nach dem Ablaufe der Frist kann der Besteller Rückgängigmachung des Vertrags (Wandelung) oder Herabsetzung der Vergütung (Minderung) verlangen, wenn nicht der Mangel rechtzeitig beseitigt worden ist; der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ist ausgeschlossen.

Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist oder von dem Unternehmer verweigert wird oder wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung oder auf Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird.

Die Wandelung ist ausgeschlossen, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich mindert.

Auf die Wandelung und die Minderung finden die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 465 bis 467, 469 bis 475 entsprechende Anwendung.

E. I 569 (teilweise), E. II 572, RV. 624. — Mot. S. 479—85, Prot. II S. 309 bis 11, D. S. 124.

1. Über das **Verhältnis zum bisherigen Recht** s. Bem. 3 zu § 633.

2. **Verhältnis zum § 633:** Die Rechte aus § 634 stehen dem Besteller sowohl alternativ neben dem Beseitigungsanspruch des § 633 zu, als auch sukzessiv dahinter; der Besteller kann nach rechtskräftiger Verurteilung des Gegners zur Beseitigung des Mangels noch immer die in § 634 angegebene Frist setzen, unbeschadet seiner Gerechtsame aus §§ 887—8 ZPO.

3. **Die Ansprüche des Bestellers auf Wandelung und Minderung setzen voraus:**

a) im allgemeinen **die Stellung und den Ablauf einer „angemessenen Frist"**, s. über diesen Begriff Bem. 3 zu § 250, auch Kipp-Windscheid II S. 700; bei der Stellung der Frist muß durch einseitige, empfangsbedürftige Erklärung (nach §§ 130ff.) der Besteller dem Unternehmer mitteilen, daß er die spätere Erfüllung ablehne. Ein Verschulden oder einen Verzug des Unternehmers setzen die Ansprüche weiter nicht voraus.

b) Ausnahmsweise **bedarf es der Fristsetzung nicht** aus den drei in **Abs. 2** angeführten Gründen;

α) bei objektiver Unmöglichkeit der Beseitigung; ein bloß subjektives Unvermögen des Unternehmers genügt um so weniger, als er ja die Abhilfe durch dritte vollziehen lassen kann.

Wie hier anscheinend Planck Nr. 4. Anders Kisch, Unmöglichkeit S. 196, weil der Unternehmer die Herstellung nach § 633 Abs. 2 Satz 2 ja schon wegen unverhältnismäßiger Kostspieligkeit verweigern könne. Aber das ist nicht zwingend; will der Unternehmer die bei seinem Unvermögen „unverhältnismäßig kostspielige" Nachbesserung vermeiden, so kann er die Verweigerung natürlich auch nach der Fristsetzung erklären. Andererseits wäre es hart, ihm ohne Rücksicht auf seinen Willen die Chance zu entziehen, die Nachfrist dennoch auszunutzen — etwa durch Heranziehung von Substituten, oder auch selbst, sofern das Unvermögen wieder beseitigt wird. Wie kann man ihm das Recht zur Nachbesserung wegen des etwaigen Fehlens einer Pflicht dazu verkümmern wollen?

β) bei Verweigerung der Beseitigung; man darf wohl unterstellen, daß nur eine dem Besteller gegenüber erklärte dazu genüge, wennschon sie nicht gerade auf die Aufforderung des Bestellers zur Besserung erfolgt zu sein braucht. Ob aber auch eine nach § 633 Abs. 2 Satz 2 befugte Weigerung dem Besteller die in Frage stehenden Rechte gebe, ist zweifelhaft: dagegen Planck Nr. 1 und meine Aufl. 1; dafür

aber scharfsinnig Romeick, Fristbestimmung S. 98ff. Man wird in der Tat annehmen, daß die Weigerungsbefugnis aus § 633 Abs. 2 den Unternehmer allein von der ihm sonst obliegenden Herstellungspflicht befreit, während der Wegfall des dem Besteller außerdem zustehenden Wandelungs- und Minderungsanspruches noch keineswegs notwendig damit verbunden ist. Bei der gegenteiligen Annahme wäre der Besteller in der Tat in dem hier unterstellten Fall nahezu wehrlos. Ich trete daher jetzt Romeick bei.

γ) bei besonderem Interesse des Bestellers, z. B. er braucht das Werk gerade zu einer besonderen Veranlassung (Festgewand, Reisegegenstände).

Zweifelhaft ist dabei, ob der Besteller hier auch trotz anfänglich gestellter Nachfrist noch nachträglich auf Grund des besonderen Interesses zu einer sofortigen Geltendmachung seiner Gerechtsame übergehen könne. Innere Gründe sprechen wenigstens in dem Fall, wenn das besondere Interesse schon zur Zeit der Fristsetzung bestand und damals nur nicht geltend gemacht wurde, gegen solche Möglichkeit. Denn sonst könnte der Unternehmer, der im Vertrauen auf die Frist weiterarbeitet, das „besondere Interesse" ja auch gar nicht zu kennen braucht, schwer geschädigt werden. Trotzdem hat das RG. 52 Nr. 84 S. 316ff. die Möglichkeit jederzeitigen Rücktritts bei „besonderem Interesse" aus dem Wortlaut und den allgemeinen Grundsätzen des Rücktrittsrechts gefolgert. Insofern schwerlich mit Recht, als es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der Besteller erst den Unternehmer zur Weiterarbeit auffordern und hernach die eingeforderte auf Grund einer schon früher vorhandenen Sachlage ablehnen wollte. Aber das hat das RG. auch wohl nicht sagen wollen; es meint nur: die Geltendmachung der sofortigen Wandelung oder Minderung braucht nicht sofort zu geschehen, nachdem das „besondere Interesse" daran entstanden ist, kann vielmehr auch noch später erfolgen. Dem ist mit der obigen Einschränkung in der Tat beizutreten.

Ist das besondere Interesse erst nach der Fristsetzung eingetreten, so schließt selbst diese die sofortige Geltendmachung der in Frage stehenden Gerechtsame natürlich nicht aus.

4. **Der Inhalt der Ansprüche** entspricht den obigen Regeln des Kaufrechtes, von denen die meisten nach Abs. 4 denn auch „entsprechende Anwendung" finden sollen. Wohin diese führe, wird sich ohne weitere Erörterung unschwer bestimmen lassen. Dabei ist überall an Stelle des Verkäufers der Unternehmer, an Stelle des Käufers der Besteller einzusetzen. Nur wegen eines Punktes bestehen Schwierigkeiten: über den Zeitpunkt bei der für die Minderung erforderlichen Schätzung.

a) Planck Nr. 6 und Fischer-Henle No. 8 legen entsprechend § 472 den des Vertragsschlusses zu Grunde. Ebenso Kisch, Unmöglichkeit S. 173, Levy S. 44, Riezler S. 119, früher auch Staudinger II, 3.

b) Dagegen ließ meine Aufl. 1 die Zeit der Herstellung des Werkes entscheidend sein, da in dem von den Gegnern als maßgebend erachteten Zeitpunkt ein mangelhaftes Werk noch gar nicht existiere. So auch, nur mit der Maßgabe, daß bei abnahmefähigen Werken der Zeitpunkt der Abnahme oder -lieferung entscheidend sein soll, Crome § 265 Anm. 58; Dernburg § 320, III, 1; Kober-Staudinger II, 3a; Kuhlenbeck Nr. 3; Türcke-Riedenführ Nr. 9.

Die Gegner argumentieren: hätte der Besteller gewußt, das Werk werde minderwertig geliefert werden, so würde er vermutlich eine entsprechend geringere Entlohnung dafür versprochen haben. Aber das ist eine fernliegende, auf unkontrollierbare Vermutungen gestützte Erwägung. Richtig bemerkt Kuhlenbeck dagegen: der Besteller wollte überhaupt kein mangelhaftes Werk. Die Abschätzung eines Werkes, das noch nicht existiert, unter Berücksichtigung von Mängeln, die es noch nicht hat, ist, wie Crome treffend ausführt, schlechthin untunlich. Man wird sich somit der zweiten, heute herrschenden Lehre anschließen. Allerdings wird es vielleicht gerade wegen des Mangels nicht oder doch nicht sogleich zur Abnahme kommen. Man wird somit nicht den Zeitpunkt, wo das Werk wirklich abgenommen wird, für maßgebend erachten, sondern den, wo es ohne den Mangel hätte abgenommen werden müssen. Und der wird in der Regel mit der Vollendung zusammenfallen.

Festzustellen ist noch, was aus der mit dem Werke zu versehenden Sache des Bestellers und aus den Zutaten des Werkmeisters werde, wenn der Vertrag durch Wandelung aufgehoben ist. Sind sie zu trennen, so erhält jeder das Seinige zurück; andernfalls wird der Besteller Eigentümer der als „wesentlicher Bestandteile" beigefügten Zutaten, muß aber gemäß § 951 den Unternehmer nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung schadlos halten. Behält er doch nunmehr jene „sine causa".

5. Ausnahmsweise ist das **Recht auf Wandelung ausgeschlossen** nach Abs. 3 **bei unerheblichen Mängeln**, entsprechend dem freilich auch die Minderung ausschließenden Satze beim Kauf, s. über den Begriff Bem. zu § 459. Beispiel: der Rock paßt nur nicht ganz genau, ohne daß das irgendwie auffiele; das Gemälde ist in einer unbedeutenden Nebenfigur verzeichnet.

Die Bestimmung entspricht dem Landrecht I, 11 § 951 und empfiehlt sich aus sozialen Gründen, um einer schikanösen Benachteiligung des einen Teiles ohne entsprechendes Interesse des andern vorzubeugen, ähnlich wie der Satz des § 633 Abs. 2 Satz 2.

Die Ansprüche auf Minderung und etwaigen Schadensersatz verbleiben dem Besteller natürlich auch hier.

Der Beweis der Ausnahme trifft den Unternehmer.

Die ganze Einschränkung in Abs. 3 dürfte sich nur auf wirkliche Mängel beziehen, nicht auf den Fall, daß eine geradezu zugesicherte Eigenschaft dem Werke abgeht. So mit Recht KG. 19. XI. 1903 in Rspr. VII S. 477. Dafür spricht besonders die Analogie des Kaufs (vgl. § 459 Abs. 1 mit Abs. 2).

6. Mit Ablauf der Frist (oben Nr. 3a) ist der Anspruch aus § 633 auf Beseitigung des Mangels, einschl. offenbar des Erstattungsanspruches aus Abs. 3 das., ohne weiteres ausgeschlossen; es liegt hier wieder ein Fall der von mir sogenannten „fiktiven" Unmöglichkeit der Leistung vor, wie nach § 250 (s. Bem. dazu), 283, 326.

Wie ist es aber in den Fällen, wenn der Besteller bloß von der Notwendigkeit einer Fristbestellung nach Abs. 2 entbunden ist? Soweit das wegen Unmöglichkeit der Herstellung geschieht (Nr. 2bα), entfällt natürlich ein Anspruch auf diese; dagegen ist nicht abzusehen, wieso die Verweigerung des Unternehmers (Nr. 3bβ) oder das „besondere" Interesse des Bestellers (Nr. 3bγ) diesen seinen Anspruch auf Herstellung soll nehmen können. Hier wird er ihm m. E. solange verbleiben, bis die Wandelung oder Minderung durch Einwilligung des Unternehmers (§ 465, s. Abs. 4 des § 634) oder rechtskräftige Verurteilung dazu „vollzogen" ist.

7. Anwendung des § 634 auf den Dienstvertrag? Dafür, m. E. mit Recht, Rümelin S. 187ff., 197.

§ 635.

Beruht der Mangel des Werkes auf einem Umstande, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Besteller statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

E. I 569³, E. II 573, RV. 625. — Mot. S. 481, Prot. II S. 309—11, D. S. 125.

Literatur: Rümelin S. 182ff.

1. **Allgemeines:** Entsprechend dem bisherigen Recht, läßt das BGB. den Werkmeister wegen Mängel des Werkes nicht schlechthin auf Schadensersatz haften, sondern nur, **wenn er den fraglichen Umstand zu vertreten hatte**, hier übrigens, ohne daß es auf die Erheblichkeit der Fehler weiter ankäme. Das ist der Fall:

a) **bei Verschulden** im Sinne von § 276. Hier geht das Recht also über die Regeln des Kaufes hinaus, nach denen nur bei Arglist auf Ersatz gehaftet wird, § 463.

b) bei einer **Garantieübernahme.** Daß man in einer bloßen Zusicherung gewisser Eigenschaften eine solche zu sehen habe, entspricht weder dem richtig verstandenen bisherigen Recht noch den allgemeinen Prinzipien des BGB.; auch an einer dies vorschreibenden Sonderbestimmung fehlt es hier, anders als beim Kauf nach § 463. Abweichend OLG. Kassel in Rspr. VII S. 479, wonach die Analogie des § 436 cit. anwendbar sei, da § 635 die Haftung gegenüber dem Kauf nicht beschränke, sondern umgekehrt erstrecke. Aber ob das nach allen Richtungen zutreffe, ist eben thema probandum. Bleibt es beim Werkvertrage zu Ungunsten des Unternehmers bei den allgemeinen Regeln über Vertretbarkeit des Verhaltens, so muß das doch im Zweifel auch zu seinen Gunsten gelten! Gegen das genannte Urteil s. das aufhebende Erk. des RG. ZS. VII, 27. V. 1904, Bd. 58 Nr. 45 S. 178ff. Daß in der ohne genügende Informationen gegebenen Zusicherung leicht ein verantwortlich machendes Verschulden des Unternehmers liegen könne, wird dadurch natürlich nicht ausgeschlossen.

Häufig ist, namentlich bei Bauhandwerkern, die **Garantieübernahme für eine gewisse Zeit.** Das besagt in der Regel, daß der Unternehmer wegen aller sich innerhalb derselben zeigenden Mängel zu haften, oder doch, was im Zweifel näher liegt, eine unentgeltliche Verbesserung vorzunehmen verspricht, falls sie nicht erweislich auf einem vom Besteller oder einem dritten zu vertretenden Grund beruhen sollten.

c) Aber nicht ohne weiteres beim Verzug des Unternehmers in Beseitigung des Mangels. RG. 58 Nr. 45 S. 178ff. cit. Dieser ist in §§ 633, 634 bereits anderweit geregelt. Damit wäre freilich das Hinzutreten einer Ersatzpflicht an sich nicht unvereinbar. Aber indem § 635 diese nur statt der Wandelung oder Minderung gewährt, läßt er sie für die Regel der Fälle nicht sofort mit Säumnis des Unternehmers in der Abstellung des Mangels, sondern erst mit Ablauf der Frist eintreten. Erst jetzt, nicht mit dem Verzug als solchem, ist der Ersatzanspruch begründet. Anders freilich in den Fällen zu § 634 Nr. 3bβ—γ. Soweit sie vorliegen, haftet der mit Abstellung des Mangels in Verzug geratene Schuldner ohne weiteres auf Ersatz. Im Fall Nr. 3bα aaO. kann natürlich, bei Unmöglichkeit der Nachbesserung, Verzug darin nicht eintreten. Wegen Verzuges in der Herstellung selbst kommt überhaupt nicht § 635, sondern § 636 in Frage.

d) S. noch wegen der Beweislast § 282. Die weitergehenden Präsumtionen mancher bisherigen Rechte, wonach bei Bauwerken die während einer gewissen Zeit nach Fertigstellung sich ergebenden Mängel vermutlich auf einer Schuld des Baumeisters beruhen sollen (Mot. S. 489), sind dem BGB. fremd.

2. a) **Der Anspruch auf Schadensersatz** steht in den Fällen zu 1) dem Besteller, wie beim Kauf, **nicht anstatt, sondern nach Wahl neben den Rechten der Wandelung und Minderung zu,** s. über das Verhältnis Bem. zu § 463.

Der Ersatzanspruch ist daher auch an die in § 634 verzeichneten besonderen Voraussetzungen gebunden, insbesondere für die Regel der Fälle an die Stellung und den Ablauf einer Nachfrist, RG. Bd. 56 Nr. 20 S. 82 (=Seuffert 59 438).

Kumulativ kann der Besteller die Rechte aus §§ 633—4 natürlich nicht geltend machen, wohl aber mit dem Anspruch auf Ersatz eventuell, falls er nicht begründet sei, den auf Wandelung oder Minderung verbinden, RG. 58 178 aaO.

b) **Der Inhalt des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung** entspricht dem derartigen Anspruch beim Kauf, s. § 463 und Bem. dazu. Wie dort, steht auch hier keineswegs nur Ersatz wegen totaler Nichterfüllung in Frage (so auch anscheinend RG. 58 Nr. 45 S. 180), sondern nur Ersatz gerade des durch die mangelhafte Leistung entstandenen Schadens. Ein Recht, unter Ablehnung des vertretbaren mangelhaften Werkes das volle Interesse zu verlangen (so Kober-Staudinger Nr. 1b), läßt sich aus § 635 ebensowenig allgemein entnehmen, wie aus § 463. Was Kipp und Schollmeyer zu § 463 darlegten, daß der Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Wahrheit nur Schadensersatz wegen des Mangels sei, muß auch hier gelten. Der Anspruch kann sich zu einem Anspruch auf das totale Erfüllungsinteresse auswachsen, wenn die Annahme des mangelhaften Werkes als Teilleistung für den Besteller kein Interesse hat (so nach dem auch wohl hier anwendbaren § 325 Abs. 1 Satz 2); aber er tut das keineswegs ohne weiteres. Nach der gegnerischen Meinung würde jeder noch so kleine Mangel — denn § 634 Abs. 3 kann als Sonderrecht der Wandelung auf den Ersatzanspruch natürlich keine Anwendung finden — wenn vertretbar und einer Beseitigung unfähig (§ 634 Abs. 2), den Besteller berechtigen, unter Ablehnung des Werkes vom Unternehmer das volle Erfüllungsinteresse zu begehren. Ein fast unglaublich hartes Ergebnis, das mit der Versagung der immerhin milderen Wandelung bei „unerheblichen" Mängeln auffällig kontrastieren würde.

3. Die Haftung des Unternehmers **für Verschulden seiner Gehilfen** bestimmt sich nach § 278, der gerade in Bezug auf den Werkvertrag bekanntlich schon im geltenden Gem. Recht — wenigstens nach der herrschenden Lehre, s. l. 25 § 7 D. 19,2, **Dernburg**, Pand. II § 38 No. 8 — und Landrecht seine Vorbilder hat.

4. Eine besondere Frage ist die, ob **der Unternehmer eine Pflicht zur Prüfung des ihm vom Besteller zur Verfügung gestellten Stoffes** habe, deren Nichterfüllung ihn dann nach Nr. 1 haftbar machen würde. Im allgemeinen wird man eine solche **nicht** anzunehmen haben; das ergibt sich sowohl aus allgemeinen Erwägungen wie **speziell** aus § 645, der die Folgen einer solchen Mangelhaftigkeit in der Regel auf den Besteller schiebt. Anders, wenn der Unternehmer bezüglich des Stoffes gerade als besonderer Sachverständiger erscheint, und eine solche Prüfung den erkennbaren Absichten der Parteien entspricht: so etwa, wenn ich dem Schneider Stoff zur Anfertigung eines

Anzuges gebe — anders, wenn der Fabrikant seinen Arbeitern das zu verarbeitende Material aushändigt. S. dazu die sorgfältige Abgrenzung in den Mot. S. 486, sowie Bem. 3—4 zu § 631.

Die von ihm **erkannten Fehler** hat dagegen der Unternehmer dem Besteller unterschiedslos anzuzeigen, selbst wenn die Möglichkeit besteht, daß sie diesem schon bekannt sein könnten; das ergibt sich ohne weiteres aus der ihm obliegenden vertragsmäßigen Sorgfalt. Mot. aaO.

5. Daß § 635 auch auf den Dienstvertrag anwendbar sei, hat Rümelin S. 183, 201 erwiesen.

§ 636.

Wird das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig hergestellt, so finden die für die Wandelung geltenden Vorschriften des § 634 Abs. 1 bis 3 entsprechende Anwendung; an die Stelle des Anspruchs auf Wandelung tritt das Recht des Bestellers, nach § 327 von dem Vertrage zurückzutreten. Die im Falle des Verzuges des Unternehmers dem Besteller zustehenden Rechte bleiben unberührt.

Bestreitet der Unternehmer die Zulässigkeit des erklärten Rücktritts, weil er das Werk rechtzeitig hergestellt habe, so trifft ihn die Beweislast.

E. I 569[4], E. II 574, RV. 626. — Mot. S. 483—5, Prot. II S. 309—11.

1. **Allgemeines:** Während die §§ 633—5 den Fall einer zwar rechtzeitigen, aber mangelhaften Ausführung des Werkes behandelten, befaßt sich § 636 mit dem **einer nicht rechtzeitigen Herstellung**. Auch hier bleibt das BGB. in der Intensität der Wirkungen hinter dem scharfen Standpunkt des Landrechts zurück, das dem Besteller ohne weiteres ein Rücktrittsrecht gab (I, 11, § 938). Das BGB. dagegen gewährt nur folgendes:

a) Nach allgemeinen Sätzen einen **Anspruch auf Lieferung, und Einrede des nicht erfüllten Vertrages** gegen den Anspruch des Gegners (§§ 320 ff.).

b) Des weiteren kann der Besteller dem Unternehmer eine **Nachfrist** stellen; es finden ihretwegen die Vorschriften des § 634, s. Bem. 3a dazu, entsprechende Anwendung.

c) Erst **nach Ablauf der Frist** erwirbt der Unternehmer ein **Rücktrittsrecht** — das hier an die Stelle des in § 634 gegebenen Wandelungsrechtes tritt; aber nicht auch daneben, wie nach § 634, nach Wahl ein **Minderungsrecht** (verfehlt daher Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag S. 78—9). Wegen der ausnahmsweisen Unstatthaftigkeit des ersteren s. Bem. 5 zu § 634.

d) der Fristsetzung bedarf es ausnahmsweise auch hier nicht in den drei in § 634 aufgestellten Ausnahmefällen (s. Bem. 3b dazu). Ebensowenig natürlich bei einem vertragsmäßigen Rücktrittsrecht und in dem diesem nach § 361 gleichgestellten Falle eines Fixgeschäftes.

2. **Von einem Verschulden des Werkmeisters oder dem Eintritt des Verzuges** macht das BGB. die Rechte der Nr. 1 dagegen **nicht abhängig**: selbst höhere Gewalt, die eine rechtzeitige Herstellung hindert, begründet keine Ausnahmen, z. B. Streiks oder sonstige Lohnbewegungen der Arbeiter. Will sich der Unternehmer gegen die Folgen solcher Vorkommnisse sichern, so mag er eine „Streikklausel“ in den Vertrag aufnehmen lassen. Das Gesetz geht insofern über das Landrecht hinaus, das den Rücktritt nur bei einer durch Schuld des Werkmeisters oder durch einen Zufall in dessen Person herbeigeführten Nichtlieferung gestattete. Jedoch verschärft eintretender Verzug die Rechte des Bestellers, indem er alsdann noch die Rechte aus §§ 286 ff., 326 ff. neben den bisher genannten hinzuerwirbt, Abs. 1 Satz 2. Er kann also alsdann **Schadensersatz** wegen der ihm durch die Zuspätlieferung erwachsenen Nachteile verlangen, z. B. er hat wegen der Nichtfertigstellung des Hauses inzwischen eine Mietwohnung beziehen müssen, seinerseits das Werk einem dritten Abnehmer nicht rechtzeitig liefern können, und daneben den Rücktritt betreiben.

3. **Der Anspruch aus § 633 Abs. 3** ist für unseren Fall der nicht rechtzeitigen Lieferung im BGB. nicht wiederholt, also bei seinem Ausnahmecharakter hier nicht anwendbar.

4. Die **Beweisvorschrift** des Abs. 2, die erst nachträglich eingefügt ist, entspricht dem allgemeinen, bei eingetretener Unmöglichkeit der Leistung Platz greifenden Satze des § 282.

5. Der § 636 erscheint auch auf den Dienstvertrag anwendbar, Rümelin S. 206 ff., 211 ff.

§ 637.

Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Unternehmers, einen Mangel des Werkes zu vertreten, erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschweigt.

E. I 570, E. II 575, RB. 627. — Mot. S. 485—6, Prot. II S. 311.

Die Bestimmung entspricht durchaus den gleichartigen Sätzen beim Kauf (§§ 443, 476) und bei der Miete (§ 540), s. Bem. dazu.

§ 638.

Der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung eines Mangels des Werkes sowie die wegen des Mangels dem Besteller zustehenden Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz verjähren, sofern nicht der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat, in sechs Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstück in einem Jahre, bei Bauwerken in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme des Werkes.

Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden.

E. I 571, 579², E. II 576, RB. 628. — Mot. S. 486—9, Prot. II S. 311—5, D. S. 125.

1. **Allgemeines:** Eine Sonderbestimmung über **die Verjährung** der in den vorigen §§ enthaltenen Ansprüchen des Bestellers ist dem Gemeinen, Französischen und Sächsischen Recht sowie dem Dresdener Entwurf fremd, aber im Landrecht (I, 5, §§ 318, 345) anerkannt, s. dazu die Bemerkungen von Dernburg, Privatrecht II § 200 No. 14. Wenn das BGB. sie hier aufnahm, so entspricht das der gleichartigen Bestimmung bei dem wirtschaftlich nahe verwandten Kauf (§ 477) und der ähnlichen Behandlung der Sachmiete (§ 558). S. die ausführlichen Erörterungen der Mot. S. 486—7.

Die **juristische Rechtfertigung** der kurzen Verjährung ergibt sich dadurch, daß es sich auch hier, wie bei den ädilizischen Rechtsmitteln des Käufers, um **besondere Ansprüche** handelt, nicht um Bestandteile des eigentlichen Leistungsanspruches des Bestellers, für den freilich von einer derartigen kurzen Verjährungsfrist nicht wohl die Rede sein konnte.

2. **Die Voraussetzungen und Wirkungen** der Verjährung sind im allgemeinen die gewöhnlichen; besonders bestimmt ist nur:

a) daß die Verjährung **mit der Abnahme** des Werkes beginnt, s. über diesen Begriff § 640 und Bem. dazu.

Ist diese nach der Eigenart des fraglichen Werkes ausgeschlossen, so tritt nach § 638 auch in Bezug auf die Verjährung die **Vollendung** an ihre Stelle.

Es fragt sich aber, wie es bei **Säumnis des Bestellers in der Abnahme steht?** Sie ist natürlich auch trotz des Mangels denkbar, schon deshalb, weil dieser bei der Vollendung des Werkes vielleicht noch gar nicht erkennbar war. An sich kann dann die Verjährung noch nicht beginnen; der Unternehmer hat aber zunächst nach §§ 293 ff., 372 ff. unter Umständen das Recht der Hinterlegung, die nach § 378 einer Leistung an

den Besteller gleich wirkt, also doch auch wohl die Verjährung in Gang setzt. Außerdem kann er auf Abnahme klagen, s. Bem. zu § 641, und nach rechtskräftiger Verurteilung des Bestellers die Abnahme im Wege der Zwangsvollstreckung gemäß ZPO. § 888 herbeiführen. Daß aber das rechtskräftige Urteil als solches schon gemäß § 894 daselbst die Abnahme ersetze (so Aufl. 1, zustimmend Kober-Staudinger Nr. 6), kann ich nicht mehr aufrechterhalten. Es mag annehmbar sein nach der früher auch von mir vertretenen Anschauung, die das Wesen der Abnahme vorwiegend in eine Billigungserklärung des Bestellers verlegt. Wer aber in ihr (so jetzt Nr. 1 zu § 640) eine Annahme als Erfüllung erblickt, kann die Abnahme nicht oder doch nicht ihrem wesentlichen Inhalt nach als Willenserklärung auffassen. Die Verjährung kann also erst mit der wirklichen Vollstreckung beginnen, nicht mit der Rechtskraft.

Wenn der Besteller auf weitere Fortführung des Werkes verzichtet, kann die Verjährung auch bereits vor dessen Vollendung beginnen, OLG. Hamburg bei Seuffert 59 Nr. 203 S. 362.

b) **Daß die Frist durch Vertrag verlängert werden kann**: dies entgegen der allgemeinen Regel des § 225, aber entsprechend dem Satze des § 473 Abs. 1 Satz 2, s. Bem. dazu, namentlich wegen der, m. E. auch hier zu verneinenden Frage, ob eine Erstreckung über die dreißigjährige Frist hinaus statthaft sei. So besonders Entw. I; a. A. Planck Nr. 9.

Die Sonderbestimmung des ersten Entwurfs, wonach bei Ablauf der Frist die in Frage stehenden Ansprüche auch nicht mehr einredeweise geltend gemacht werden können, ist in der zweiten Lesung gestrichen, s. nunmehr wegen der Einreden § 639.

3. Über die im Gesetze deutlich bezeichnete **Verjährungsfrist** bedarf es keiner weiteren Bemerkung; die Berechnung vollzieht sich auch hier nach §§ 186 ff.

Ihre Länge ist verschieden, je nachdem es sich um gewöhnliche Werke, „Arbeiten an einem Grundstücke“ oder „Bauwerke“ handelt. Wegen des Begriffs „Bauwerk“ vgl. Bem. zu § 648. Nicht nötig ist im Sinne der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 638, daß der Unternehmer das gesamte Bauwerk in seiner Totalität herzustellen hatte; der innere Grund für die Fristerstreckung trifft auch bei „Herstellung der einzelnen Bauteile und Bauglieder“ zu, RG. 57 Nr. 83 S. 378, anders Goldmann-Lilienthal § 174 Anm. 41. Dafür spricht auch die Analogie des § 648, s. diesen. Zu den „Arbeiten an einem Grundstück“, die nicht Bauwerke sind, gehören z. B. Anlage von Kanälen, Bohrlöchern und Röhrenbrunnen (OLG. Marienwerder bei Seuffert 60 Nr. 6 S. 12), Ausschachtungen, Grabhügel, Gartenanlagen usw.

4. Ein besonderes **Garantieversprechen** bleibt auf die Verjährungsfrist im allgemeinen ohne Einfluß, indem die Ansprüche aus § 635, also auch soweit sie auf Garantie beruhen, durch § 638 mitumfaßt werden; doch wird in der Übernahme einer Garantie auf bestimmte Zeit wohl ohne weiteres, neben dem etwaigen sonstigen Inhalt, eine entsprechende Erstreckung der Verjährungsfristen im Sinne von Nr. 2b gefunden werden können.

Nur bei **arglistigem Verschweigen** des Mangels — s. über den Begriff Bem. zu § 443 — behält es bei der gewöhnlichen Verjährungsfrist sein Bewenden.

5. Die Ansprüche auf Herstellung, auf Erstattung der Aufwendungen nach § 633 Abs. 3, sowie die auf Grund des Verzuges oder eines vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes dem Besteller zustehenden Ansprüche werden von der kurzen Verjährung nicht betroffen, ebensowenig die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

§ 639.

Auf die Verjährung der im § 638 bezeichneten Ansprüche des Bestellers finden die für die Verjährung der Ansprüche des Käufers geltenden Vorschriften des § 477 Abs. 2, 3 und der §§ 478, 479 entsprechende Anwendung.

Unterzieht sich der Unternehmer im Einverständnisse mit dem Besteller der Prüfung des Vorhandenseins des Mangels oder der Beseitigung des Mangels, so ist die Verjährung so lange gehemmt, bis der Unternehmer das Ergebnis der Prüfung dem Besteller mitteilt

oder ihm gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt oder die Fortsetzung der Beseitigung verweigert.

E. II 576², RV. 629. — Prot. II. S. 311—5.

Die „entsprechende Anwendung" der im Texte genannten Paragraphen wird sich ohne Schwierigkeit vollziehen, s. überall die entsprechenden Bemerkungen zu denselben; nur ist auch hier überall statt des Käufers der Besteller, statt des Verkäufers der Unternehmer einzusetzen. Zu beachten ist insbesondere, daß die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung eines der dem Besteller zustehenden Ansprüche auf Wandelung, Minderung, Schadensersatz auch zur Erhaltung der anderen wirkt gemäß § 477 Abs. 3, s. Prot. II S. 314.

Zweifelhaft mag der Einfluß einer Garantieübernahme auf die Verjährung erscheinen (s. auch die Angaben bei Neumann II S. 379 und Bem. 1b zu § 635). Da die Verjährungsfrist nach § 638 Abs. 2 durch Vertrag verlängert werden kann, steht nichts im Wege, in der Garantieübernahme für eine bestimmte Zeit auch oder allein eine solche Verlängerung zu erblicken. In der Tat ist anzunehmen, daß, wer auf eine bestimmte Zeit Garantie übernimmt, sich bei Eintreten des Mangels innerhalb dieser Frist auf einen übrigens bereits vollendeten Ablauf der Verjährungsfrist nicht solle berufen können. Aber andererseits ist auch nicht zu vermuten, daß die Verjährung innerhalb der Garantiefrist überhaupt nicht laufen solle. Vielmehr wird als Absicht der Parteien zu unterstellen sein, daß, wenn innerhalb der Garantiefrist ein Mangel sich zeige, der Unternehmer deswegen fortan unter Anwendung der gesetzlichen Verjährungsfrist solle in Anspruch genommen werden können.

Wegen der Sicherung des Beweises s. wiederum ZPO. §§ 485ff.

§ 640.

Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist.

Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 633, 634 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.

E. I 572, 579, E. II 577, RV. 630. — Mot. S. 489—92, 506—9, Prot. II S. 315—9.

Abnahmepflicht 1.
Begriff der Abnahme 1.
Billigung 1b.
Billigungspflicht bei nicht abnahmefähigen Werken 2b.
Kenntnis vom Mangel 6.
Klage auf Abnahme 1, 4.
Nichtabnahmefähiges Werk 2a.
Prüfungsrecht und -pflicht 5.
Vertragsmäßiges Angebot 4.
Vorbehaltlose Abnahme 6.
Wegfall der Abnahmepflicht 2a.
Weigerung der Abnahme 3 Abs. 2.
Wirkungen der Abnahme 1a. E. 3, 6.

1. **Abnahmepflicht:** § 640 legt zunächst dem Besteller die Pflicht auf, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen. Das entspricht dem Satze des § 433 Abs. 2 beim Kauf; wegen der Art der Verpflichtung ist auf das dazu Ausgeführte Nr. 3b zu verweisen. Insbesondere kann auch aus § 640, wie aus § 433 Abs. 2, **auf Abnahme geklagt werden**; die entgegenstehenden Behauptungen von Kohler, ArchBürgR. **13** 241 sind auch hier unannehmbar. Übereinstimmend Planck Nr 2.

Der Begriff der Abnahme ist aber hier außerordentlich bestritten, noch mehr als beim Kaufe (s. oben Bem. zu § 433), s. dazu besonders Jacobi, Jherings Jahrb. **45** 278ff. und dort Zitierte, Lehmann, DJZ. **02** 493ff.

a) Es stehen sich folgende Hauptansichten gegenüber:

α) Nach einem Teil der Schriftsteller ist die Abnahme: Übernahme des Werkes mit Billigung. So Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 312—3, System § 266 Nr. 1b, Enneccerus S. 654—5, Kisch in der Besprechung von Titze S. 563, Riezler S. 135, Rosenberg, Jherings Jahrb. **43** 255—7, Rümelin aaO. S. 214ff. (unter Berufung darauf, daß in vielen Fällen gar keine Übergabe stattfinde, also auch keine mit dieser identische Abnahme!).

β) Dieser Ansicht ziemlich nahe verwandt, mehrfach nur als eine besondere Variante davon auftretend, ist die, wonach zur Abnahme die Annahme als Erfüllung gehöre. So Berndorff, Gattungsschuld S. 113—5, Eck S. 523, Lehmann aaO., Düringer-Hachenburg S. 327, Planck Nr. 1b, Dochnahl in Iherings Jahrb. 48 299, Schöller bei Gruchot 46 36ff. Für die „Annahme als Erfüllung" auch RG. ZS. VII vom 22. IV. 1904, Bd. 57 Nr. 76 S. 338.

Gegen die Ansichten zu α—β s. besonders Jacobi aaO., Siber, Rechtszwang S. 44ff., Titze, Unmöglichkeit S. 299, gegen die zu α auch Lehmann aaO.

γ) Die dritte Gruppe identifiziert die Abnahme mit der tatsächlichen Übergabe oder Annahme. So Dernburg § 318, II, 1, Hellmann, KrVJSchr. 44 126, Jacobi S. 280, Manigk, JWBl. 04 140, Siber, Rechtszwang aaO., Titze aaO. S. 299, teilweise auch Schollmeyer S. 102, der allerdings S. 105 in der vollzogenen Abnahme eine Annahme als Erfüllung mit der Wirkung gemäß § 363 erblickt und nur nicht in jeder Annahme als Erfüllung eine Abnahme, wohl aber in jeder Abnahme eine Annahme als Erfüllung sieht. S. auch Erk. des OLG. Marienwerder, JM. f. Posen 04 72.

δ) Cosack § 148, I, 3 sieht in der Abnahme den der Ablieferung, nur vom Standpunkt des Empfängers aus, entsprechenden Begriff: sie ist die Übergabe, die den Besteller zur Untersuchung in den Stand setzt (also nicht, wie Dernburg will, jede Übergabe als solche).

b) Die Entscheidung ist schwierig und sehr zweifelhaft:

α) Sie ergibt sich nicht aus dem — übrigens gleichfalls bestrittenen — Abnahmebegriff beim Kauf. Denn daß die Abnahme bei beiden Verträgen dieselbe Bedeutung besitze, ist nicht erweislich und unwahrscheinlich. Beim Kauf handelt es sich nur um die Abnahme der gekauften Sache durch den Käufer. Anders beim Werkvertrage: die Übernahme der **Sache**, an der das **Werk** zu verrichten war, durch den Besteller befriedigt hier die Interessen des Unternehmers mit nichten, denn sie ergibt noch nichts für die Annahme des **Werkes**, auf die es hier allein ankommt. Darum verordnet denn auch § 640 eine Abnahmepflicht des Werkes selbst, nicht nur, wie § 433, der Sache, eine Verschiedenheit des Ausdruckes, die nach der vermutlichen (s. Planck Nr. 1a) Absicht der 2. Kommission die verschiedene Gestaltung der beiden Pflichten zum Ausdruck bringen sollte.

β) Gegen die Ansicht zu a γ läßt sich nicht die Verschiedenheit des Sprachgebrauches von Abnahme und Annahme verwerten. Es scheint, daß das BGB. jenen Ausdruck gebrauche, wenn es in dem Akt eine Schuldner-, diesen, wenn es darin eine Gläubigerhandlung erblickt. Übrigens könnte beides doch immer identisch sein, nur von verschiedenen Gesichtspunkten aus betrachtet. Ferner ist zuzugeben, daß der Ausdruck „Abnahme" wörtlich nichts von einer Billigung enthält. Auch scheint es, daß, wenn in der Abnahme die Billigung als wesentlichstes Moment enthalten wäre, der Unterschied der abnahmefähigen und nicht fähigen Werke kaum verständlich erschiene: denn einer Billigung ist doch jedes Werk fähig, wie immer es auch beschaffen sein möge, nicht aber einer Übergabe. Gehörte ferner zur Abnahme eine Billigung, so könnte der Besteller wegen jeden noch so kleinen Fehlers, der diese ausschließt, die Abnahme und damit den Verjährungsbeginn hintanhalten.

γ) Aber diese Bedenken sind nicht unüberwindlich. Es bleibt thema probandum, ob nicht bei den immateriellen Werken, wenn auch nicht die ganze Abnahme, so doch ihr in Billigung bestehender Teil entsprechend angewendet werden könne; dafür Enneccerus, selbst Dernburg § 322, II läßt „nach Treu und Glauben" den Anspruch auf Billigung entstehen, also doch auch wohl insoweit bei übrigens nichtabnahmefähigen Werken. Solche wären dann die Werke, bei denen nur ein Teil des sonst zur Abnahme Gehörigen stattfinden kann. Ferner ist zu bestreiten, daß die herrschende Lehre die Abnahmepflicht wegen jedes auch noch so kleinen Fehlers entfallen lassen müsse. Man braucht in der bloßen Rüge eines einzelnen, unbedeutenden Mangels nicht oder doch nicht notwendig ein die allgemeine Billigung, damit die Abnahme und den Beginn der Verjährung, ausschließendes Moment zu sehen. Daß eine allgemeine Abnahme mit Vorbehalt auch wegen bereits bekannter, also doch auch wohl zugleich gerügter, Mängel möglich ist, ergibt deutlich § 640 Abs. 2; das Gegenteil ist also auf keinen Fall Konsequenz der herrschenden Lehre. Noch weniger ist zuzugeben, daß diese dahin führe, den Unternehmer bei Ausbleiben der Billigung der Gefahr, weil nach § 644 mit der Abnahme übergehend, länger auszusetzen (Titze). Denn nicht nur durch Abnahme des Werkes, sondern auch durch Annahmeverzug

geht die Gefahr auf den Besteller über. Ist er aber durch Unterlassen der ihm obliegenden Billigung (Abnahme) sogar in Leistungsverzug geraten, so liegt der von schwächeren Voraussetzungen abhängige Annahmeverzug bei ihm doch erst recht vor. Vor allem sprechen die geschilderten Bedenken nicht gegen die Auffassung zu a β, der, wie unten zu zeigen, der Vorzug gebührt.

Andererseits lassen sich bedeutende Gründe zu Gunsten der Ansichten zu a α β („herrschenden Ansicht") auffinden.

Wäre Abnahme nichts als Annahme, so hätte es keinen rechten Sinn, eine klagbare Pflicht dazu aufzustellen, da der Interessent bereits andere, einfachere Mittel besäße, die Nachteile einer bloßen Nichtannahme von sich abzuwälzen. Ferner — das erkennt auch Dernburg im Grunde an — muß für den Werkmeister ein Mittel gegeben sein, sich etwaigen Mängelansprüchen des Gegners gegenüber zu sichern. Beim Kauf steht dem Verkäufer die Berufung auf § 460 zu Gebote, während hier, wo es beim Vertragsschluß an einem so oder so beschaffenen Werke noch fehlt, nichts Entsprechendes zu Gunsten des Werkmeisters (Unternehmers) gegeben ist. Ohne Anspruch auf Billigung oder wenigstens Annahme als Erfüllung wäre er schlechthin außer stande, vor Ablauf der Verjährungsfrist gegen eine Belästigung mit Mängelansprüchen sich sicher zu fühlen. Endlich sind die oben mitgeteilten Gründe Rümelins in Bezug zu nehmen.

Cosack andererseits vergißt, daß Ablieferung und Abnahme keineswegs immer miteinander korrespondieren: schickt mir der Schneider oder Schuster die bestellten Arbeiten ins Haus, so hat er sie abgeliefert, ich habe sie vielleicht auch angenommen (im Sinne des Besitzerwerbes), ohne damit notwendig einen Abnahmeakt, der vielleicht noch gar nicht möglich ist (Notwendigkeit des Anpassens, zu dem der Besteller gar nicht immer gleich in der Lage ist!), vollzogen zu haben. So auch Berndorff aaO.

Somit bleibt nur die Frage, welcher von beiden Unterarten der herrschenden Lehre (α und β) der Vorzug zu geben sei. Ihr Unterschied zeigt sich in den praktischen Folgen: ist Abnahme Übernahme und Billigung, so schließt sie alle nicht besonders vorbehaltenen Mängelansprüche aus; ist sie nur Annahme als Erfüllung, so tritt mit ihr nur die Verschiebung der Beweislast ein, wie sie in § 363 als Folge eines derartigen Annahmeaktes aufgestellt wird. Ich verstehe nicht, wie man der genannten Folgerung vom Standpunkt der strengen Billigungstheorie aus ausweichen will; wer das tut, wie Rümelin, ist im Grunde Anhänger der Theorie zu a β. Nun scheint es aber klar — s. besonders die überzeugenden Ausführungen von Lehmann aaO. —, daß weder Entstehungsgeschichte noch Text des Gesetzes mit dieser strengen Wirkung vereinbar sind. Nur wegen der bekannten Mängel läßt § 640 Abs. 2 mit der Abnahme die Ansprüche des Bestellers mangels Vorbehaltes entfallen, während eine in ihr liegende Billigung mindestens auch wegen der erkennbaren, ja streng genommen auch wegen der nicht erkennbaren die Ansprüche insoweit beseitigen müßte, als sie nicht einen besonderen Vorbehalt gerade wegen dieses als möglich vorausgesetzten Mangels enthielte.

Man wird daher der Theorie zu a β den Vorzug geben: Abnahme ist die reale Übernahme des Werkes — nicht notwendig auch des, vielleicht nie aus dem Alleinbesitz des Bestellers gelangten körperlichen Substrates der Arbeit — im Sinne der Erfüllungsannahme. Die bloße Übernahme als solche genügt dazu nicht. Andererseits sind Übernahme und Erfüllungsannahme nicht notwendig zwei getrennte Akte, sondern sie können äußerlich zusammenfallen; in der vorbehaltlosen Übernahme wird in der Regel auch die Annahme als Erfüllung ohne weiteres stillschweigend zu finden sein. Notwendig ist das aber nicht; vielfach erfolgt die Übernahme nur als provisorische gerade zu dem Zweck, um jetzt erst die der Annahme als Erfüllung vorangehende Prüfung vornehmen zu können, so vielfach bei Kleidungsstücken, die sich erst beim Tragen als passend oder nicht passend erweisen. Die Abnahme in diesem Sinne nimmt dem Besteller seine Mängelansprüche nicht schlechthin, sondern nur die nicht vorbehaltenen Ansprüche wegen der erkannten Mängel, Abs. 2; übrigens hat sie Bedeutung für die Beweislast (§ 363); weiter auch für den Beginn der Verjährung (§ 638) und den Gefahrübergang (§ 644).

2. a) **Keine Abnahmepflicht** ist ausnahmsweise vorhanden, wenn sie nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen ist. Daß dies der Fall, muß, als eine Ausnahme, nach dem zweifellosen Wortlaut der Besteller beweisen. Anders Riezler S. 151, der auf diese Frage als angeblich reine Rechtsfrage die Beweisregeln überhaupt nicht für anwendbar erachtet. Das ist zutreffend, soweit die tatsächlichen Qualitäten des Werkes außer Streit sind und nur ihre Beurteilung in Frage steht. Anders aber

— und nur das will mein Satz besagen — wenn die eine oder andere Beschaffenheit des Werkes selbst, von der die Beurteilung der Abnahmefähigkeit abhängt, zweifelhaft ist: hier handelt es sich um rechtshindernde Tatsachen gegenüber der Abnahmepflicht, die zur Beweislast des Bestellers gehören.

Unterscheidet man nun in der Abnahme die oben angegebenen zwei Bestandteile, so ist klar, daß der zweite, die Annahme als Erfüllungsakt, für sich bei jedem, auch immateriellen, Werke möglich wäre. Soll daher die ganze Klausel nicht inhaltlos sein, so müssen wir annehmen, daß als Abnahme im Sinne des Gesetzes nur eine solche anzusehen ist, die beide Momente, der realen Übernahme und der Annahme als Erfüllung, in sich vereint.

Zweifelhaft ist aber der Kreis der „nichtabnahmefähigen Werke".

α) Sehr eng faßt ihn Enneccerus S. 684; von seinem Standpunkte aus, wonach die Abnahme eine Annahme mit Billigung bedeutet, läßt er nur die Werke der Abnahme unfähig sein, bei denen dem Besteller keine Prüfung zugemutet werden kann, z. B. Reinigung von Kloaken oder Reparatur hoher Dächer. Aber diese Ansicht steht und fällt mit der jetzt von mir aufgegebenen Auffassung der Abnahme (s. oben Nr. 1), muß also hier bekämpft werden.

β) Nach einigen gehören alle Werke dahin, bei denen keine körperliche Wegnahme oder Hinnahme stattfinden kann, also nicht nur die sogen. immateriellen Werke im Sinne der Vorbem. vor § 631, sondern auch diejenigen materiellen, bei denen eine Übernahme durch den Besteller im Sinne von 1a nach der Sachlage ausgeschlossen ist; so z. B. die Ausführungen von Fresken, sowie alle Reparaturarbeiten in des Bestellers Hause, weil es hier an einer erst zu übernehmenden Sache fehlt. So Planck Nr. 1b; Kisch, Unmöglichkeit S. 70; Kober-Staudinger IV und meine Aufl. 1, wo aber andererseits für einzelne immaterielle Werke, wie z. B. den Möbeltransport, die Abnahmefähigkeit behauptet wurde. Doch ist jedenfalls diese letztere Annahme verfehlt, s. Dochnahl in Iherings Jahrb. 48 301—2. Denn beim Transport ist die Übergabe der transportierten Sache an den Empfänger nicht Abnahme, sondern gehört zur Vollendung des Werkes als solcher. Angenommen werden die Möbel, aber nicht abgenommen das Werk, der Transport selbst.

γ) Somit erscheinen jedenfalls alle immateriellen Werke als nicht abnahmefähig. Aber nach einigen soll auch das Umgekehrte gelten: alle materiellen Werke — zu denen dann der Transport jedenfalls in diesem Sinne nicht gerechnet wird — sind abnahmefähig. So Riezler S. 137, Dochnahl aaO. S. 302, anscheinend auch Endemann § 175 Anm. 35 und Rümelin S. 215—6, sowie für die Regel der Fälle OLG. Posen in Rspr. VI S. 84. Das ist in der Tat wohl zutreffend. Die Meinung Plancks und meiner Aufl. 1 beruhte auf einer Verwechselung zwischen dem Werk und seinem körperlichen Substrat. Nur von der Abnahme des ersteren handelt § 640 nach Wortlaut und Sinn, und es hat nicht den mindesten Grund, aus dem Fehlen einer Abnahmefähigkeit des Substrates eine Folgerung auf das damit verbundene Werk zu ziehen. Warum soll der Villenbesitzer, weil er Besitzer der mit Fresken zu schmückenden Villa geblieben ist, nicht die vollendeten Fresken als Werk „abnehmen", d. h. als Erfüllung an- und übernehmen können? Nicht auf die Besitzübertragung kommt es bei der Abnahme an, sondern auf die allgemeinere Möglichkeit einer physischen Übernahme des Hergestellten durch den Besteller. Daß es auch nicht abnahmefähige Werke gibt, verpflichtet uns nur, die Grenze irgendwo, nicht auch, sie gerade an der von Planck vorgeschlagenen Stelle zu ziehen. In der Tat liegt das Verhältnis nur bei immateriellen Werken anders: hier fehlt es an einem körperlichen Substrat, das mit Rümelin als Grundlage der Übernahme als Erfüllung unerläßlich erscheint. Das Werk hat hier nicht die gegenüber seiner Herstellung verselbständigte Dauerexistenz, den allein übernahmefähigen körperlichen Niederschlag; es ist selbst mit seiner Herstellung identisch und zerrinnt mit ihrer Vollendung, für eine erst nach der Herstellung (s. den Text des Abs. 1) in Frage kommende Abnahme ist kein Raum.

Zurücknehmen muß ich ferner die weitere Annahme der Aufl. 1, es seien nichtabnahmefähig auch diejenigen Werke, bei denen das gefertigte Werk bestimmungsgemäß einem andern als dem Besteller ausgehändigt werden soll, so bei der Beförderung von Briefen oder Gütern an dritte Personen; so auch Kober-Staudinger Nr. IV. Dagegen mit Recht Dochnahl aaO. S. 301—2. Natürlich trifft den Adressaten nicht die Abnahmepflicht, wohl aber den Besteller, der durch seine zu unterstellende rechtliche oder mindestens tatsächliche Beziehung zum Empfänger sehr wohl in der Lage sein wird, sich über die Vertragsmäßigkeit des abgelieferten Werkes zu informieren.

Durch die Leistung an den dritten erfüllt der Unternehmer eine Vertragspflicht gegenüber dem Besteller; nichts begreiflicher, als daß er auch ihm gegenüber den zu seiner Sicherstellung (s. §§ 363, 640 Abs. 2) nötigen Anspruch auf Annahme als Erfüllung geltend machen kann. Natürlich wird die Abnahme auch hier häufig im Stillschweigen des Bestellers, in Unterlassung einer Bemängelung des gelieferten Werkes gefunden werden können.

b) Es fragt sich, ob bei nichtabnahmefähigen Werken dem Besteller nicht wenigstens eine **Billigungspflicht** im Sinne von Nr. 1a, als Minus gegenüber der nicht anwendbaren Abnahmepflicht, obliege. Auch die römischen Quellen sprechen in Fällen dieser Art vielfach von einer probatio oder adprobatio. Für das BGB. ist die Frage sehr zweifelhaft; doch trage ich ernste Bedenken, ohne jede gesetzliche Grundlage einen derartigen Anspruch anzuerkennen; er ist doch wohl durch § 640 Abs. 1 mittels argumentum a contrario ausgeschlossen. Einen gewissen Ersatz dürfte indes die Quittungspflicht des Gläubigers bieten (§ 368), die als allgemeine auch auf unseren Fall zu erstrecken ist. Ferner werden mit einer vorbehaltlosen Ingebrauchnahme des nicht abnahmefähigen Werkes meist die Wirkungen des § 363 verbunden sein.

Anders freilich Dernburg § 322, II, soweit jene Pflicht sich aus Treu und Glauben ergebe. Aber nach dem zu § 242 Gesagten ist es unstatthaft, eine übrigens gar nicht begründete Pflicht nur aus jenem Leitsatz über die Erfüllung einer vorhandenen zu entwickeln. Anders natürlich auch Enneccerus, indem er alle billigungsfähigen Werke auch für abnahmefähig erachtet, s. oben.

3. **Die Wirkungen der vollzogenen Abnahme** sind bereits im bisherigen dargestellt, s. § 638 (Verjährung) und oben Nr. 1 am Ende.

Die Verweigerung der Annahme umgekehrt gibt dem Unternehmer einen Anspruch auf Erfüllung, setzt ferner den Besteller in der Regel in Annahme- und unter Umständen zugleich in Leistungsverzug. Voraussetzungen und Folgen beider sind die gewöhnlichen, s. §§ 284ff., 293ff. Wegen der Vollstreckung des auf Abnahme lautenden Urteils s. Bem. 2a a. E. zu § 638.

4. Der Anspruch auf Abnahme **setzt die Vertragsmäßigkeit des Werkes voraus.** Diese muß der Unternehmer also **beweisen**, wenn er aus § 640 Rechte herleitet. Zum vertragsmäßigen Angebot gehören u. U. auch Anweisungen oder Handreichungen des Unternehmers für den Gebrauch des hergestellten Werkes, Planck Nr. 2c.

Ein mangelhaftes Werk anzunehmen ist der Besteller nicht verpflichtet, einerlei ob der Mangel an sich erheblich ist oder nicht. Die entgegengesetzte Bestimmung von Entw. I § 572 Satz 2 ist in der zweiten Lesung gestrichen.

5. Ein Anspruch auf **Prüfung** ist mit dem auf Abnahme im Sinne des BGB. **nicht** verbunden (s. die Verhandlungen in den Prot. II S. 316—8); jene ist nur ein vor der Annahme als Erfüllung auszuübendes **Recht, keine direkte**, sondern nur eine zur Vermeidung rechtlicher Nachteile im eigenen Interesse auszuübende **indirekte** (s. Rümelin S. 217—8) **Pflicht des Bestellers.** Anders natürlich bei besonderer Abrede.

Ebensowenig hat der Unternehmer in der Regel einen Anspruch darauf, daß ihm in den Fällen, wo zur Herstellung des Werkes eine Gestattung oder Mitwirkung des Bestellers erforderlich ist (Vornahme von Reparaturen in dessen Hause, Erteilung von Unterricht), diese zu Teil werde; nur zur Abnahme des hergestellten Werkes, nicht zur Mitwirkung bei seiner Herstellung ist der Besteller verpflichtet.

Nur kraft besonderer, eventuell bei der Eigenart des Vertrages ohne weiteres zu unterstellender, Abrede kann sich solche Pflicht ergeben, so beim Bühnenengagementsvertrag, oben Vorbem. zu diesem Titel Nr. 2bγ.

6. **Zu Absatz 2:**

a) Die Abnahme als solche bürdet dem Besteller zwar wegen der nachher erst geltend gemachten Mängel die Beweislast auf (§ 363), entzieht ihm aber seine Rechte im übrigen nicht. Auch der landrechtliche Satz (I, 5, § 330), daß nach der Abnahme in das Auge fallende Fehler nicht mehr gerügt werden können, ist dem BGB. fremd. Nur wegen der dem Besteller erweislich schon vor der Abnahme oder bei ihr bekannt gewordenen Mängel kann er die Ansprüche aus §§ 633—4 nicht mehr geltend machen. Indes bezieht sich das nicht auf den etwaigen Ersatzanspruch aus § 635, und auch die andern kann sich der Besteller durch einen besonderen Vorbehalt retten, s. über diesen Begriff Bem. 3 zu § 464.

Das Kennenmüssen steht dem Kennen natürlich auch hier nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB. nicht gleich, s. Bem. zu § 166, E. Lehmann aaO. S. 495,

der daraus mit Recht ein Argument gegen die nach der — unter Nr. 1aa referierten — herrschenden Meinung in der Abnahme zu findende Billigung entnimmt.

Diese Regelung entspricht der beim Kauf befolgten (§ 464), auch wohl dem richtig verstandenen GR., s. Entsch. des RG. 4, Nr. 57, S. 199, Mot. S. 490, während das SächsGB. §§ 1250, 903 schärfere Bestimmungen enthält.

Daß daneben dem Besteller die Rechte auf Grund eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzichtes verloren gehen können, ist selbstverständlich. Ein solcher wird vielfach schon in Unterlassung einer Prüfung des Werkes, namentlich wenn sie mit Ingebrauchnahme verbunden ist, zu finden sein; ebenso im längeren Stillschweigen nach einer, übrigens einflußlosen, später erlangten Kenntnis des Mangels.

b) **Den Beweis der Kenntnis** des Bestellers muß der Unternehmer führen, wogegen jener dann einen etwaigen Vorbehalt darzutun hat.

7. **Anwendung auf den Dienstvertrag:** Dafür Rümelin S. 223ff. mit der Begründung, daß § 640 im Grunde nur das in § 363 allgemein Vorgeschriebene wiederhole. Aber auch er kann schließlich nicht in Abrede stellen, daß die Abnahme in § 640 als echte Schuldnerpflicht, die Annahme im Sinne des § 363 nur als (indirekte) Gläubigerpflicht ausgestaltet sei. Und wenn er das bei der von ihm übrigens gemäß § 640 anerkannten Billigungspflicht anders sein läßt, so entfällt dies Argument nach der hier (oben 1aß) vertretenen Lehre. Daß aus § 640 auf Annahme als Erfüllung geklagt werden könne, erscheint doch wohl zweifellos; damit ist aber ein Sonderrecht über § 363 hinaus geschaffen, dessen Erstreckung auf den Dienstvertrag mindestens nicht ganz ohne Bedenken sein dürfte.

§ 641.

Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten. Ist das Werk in Teilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt, so ist die Vergütung für jeden Teil bei dessen Abnahme zu entrichten.

Eine in Geld festgesetzte Vergütung hat der Besteller von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen, sofern nicht die Vergütung gestundet ist.

E. I 573, E. II 578, RV. 631. — Mot. S. 492—4, Prot. II S. 319—20.

1. Über die **Vergütung** selbst ist schon in den Bem. zu §§ 631, 633 gehandelt; hier ist nur von der **Zeit ihrer Fälligkeit** zu reden. Im Gegensatz zum allgemeinen Prinzip der gegenseitigen Verträge, aber in Einklang mit den entsprechenden Sätzen bei Miete (§ 551) und Dienstvertrag (§ 614), ist dem Werkmeister eine Vorleistungspflicht aufgelegt, indem die Vergütung erst bei der Abnahme, oder im Falle eines nichtabnahmefähigen Werkes (§ 646) bei dessen Vollendung zu zahlen ist. Indem jedoch die Vergütung bei der Abnahme fällig wird, steht dem Unternehmer bei ihrem Ausbleiben gemäß § 320 die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu; seine Vorleistungspflicht bezieht sich wenigstens in den Fällen mit körperlicher Übergabe also nur auf die Anfertigung, nicht Aushändigung des Werkes. Daneben stehen ihm für die meisten Fälle noch die Sicherungsmittel der §§ 647—8 (s. diese) zur Verfügung.

Die Bestimmung des Satzes 2 entspricht mutatis mutandis den zitierten §§ 551 und 614, s. Bem. dazu.

Über den **Erfüllungsort** dagegen enthält das Gesetz nichts besonderes; er bleibt der allgemeine, ist keineswegs mit dem Ort der Abnahme als solchem stets identisch, s. die übereinstimmenden Angaben aus der Praxis bei Neumann II S. 381, besonders Bl. f. Rechtspfl. **14** 20 und 37.

2. Die **Verzinsung** der Vergütung regelt sich im einzelnen nach §§ 246, 289. Die Pflicht selbst entspricht der in § 452 dem Käufer auferlegten (s. Bem. dazu) und ist ebensowenig, wie diese, an die Voraussetzung eines Verzuges geknüpft. Näheres darüber bei Rümelin S. 243ff.

3. Daß sämtliche Bestimmungen des § einer anderweiten Abrede, event. auch einer stillschweigenden, in Unterwerfung unter eine besondere Orts- oder Verkehrssitte zu findenden, weichen, bedarf kaum der Erwähnung.

§ 642.

Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.

Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.

E. I 575, E. II 579[1], RB. 632. — Mot. S. 494—7, Prot. II S. 328—9.

Literatur: Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 346—56.

1. **Allgemeines:** Wird das vollendete Werk nicht abgenommen, so liegt darin Annahme- und unter Umständen Leistungsverzug; der Unternehmer kann ruhig auf die Gegenleistung klagen, ohne die Einrede aus § 320 fürchten zu müssen.

Minder günstig steht er aber in den Fällen unseres Paragraphen, da hier durch das Ausbleiben der vom Besteller vorzunehmenden Handlung die Ausführung des Werkes hinausgeschoben oder selbst unmöglich wird, so z. B. bei Sprach-, Fecht- und sonstigem Unterricht; aber auch bei Nichtgewährung des Zutrittes zu dem Orte, wo das Werk hergestellt oder angebracht werden soll, ferner und vorzüglich bei Säumnis in der Hergabe des erforderlichen Stoffes. S. über den Begriff der Handlung auch Bem. 1 b zu § 295.

Für diese Fälle ist durch die allgemeinen Regeln nur teilweise vorgesorgt. Der Unternehmer behielte zwar, wenn seine Leistung unmöglich wird, nach § 324 Abs. 2 den Anspruch auf die Gegenleistung; solange das aber nicht der Fall, könnte er nach § 322 Abs. 2 nur auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen, müßte sich also noch immer zur Herstellung des Werkes bereit halten. Diesen Mißlichkeiten tritt die Vorschrift des § 642, daneben auch das Kündigungsrecht des § 643, s. unten, entgegen. Sie gewährt dem Unternehmer als Äquivalent für die unnütze Verlängerung der für die Herstellung des Werkes erforderlichen Zeit einen Anspruch „auf angemessene Entschädigung".

2. Was **die Natur dieses Anspruches** anlangt, so ist darin nicht sowohl ein Vertragsanspruch auf die vereinbarte Vergütung (wie allerdings nach den ersten Entwürfen, Crome aaO.) zu sehen, als ein allerdings eingeschränkter (s. Nr. 4) Entschädigungsanspruch, s. Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 41. Gegen die erste Annahme spricht, daß neben dem Anspruch die aus dem Vertrage entspringenden Rechte und Pflichten noch so lange bestehen bleiben, als die Herstellung des Werkes nicht unmöglich wird oder die Kündigung aus § 643 erfolgt ist; nicht minder, daß das Gesetz nicht die vereinbarte Vergütung als solche, sondern eine, deren Höhe natürlich mitberücksichtigende, Entschädigung gefordert werden läßt. Es liegt vielmehr eine Erweiterung der Wirkungen des Annahmeverzuges vor, der hier über den begrenzten Satz des § 304 hinaus den Gläubiger ersatzpflichtig macht, so auch Schöller bei Gruchot 46 33. Danach unterscheidet sich § 642 von dem für den entsprechenden Fall beim Dienstvertrag gegebenen § 615, wo der Dienstpflichtige ohne Nachleistungspflicht einfach seinen Lohnanspruch geltend macht. Eine solche Ermäßigung der weiteren „Nachleistung" ist hier, bei dem Versprechen eines einheitlichen Erfolges, nicht möglich, daher die kompliziertere Regelung.

3. Von einem **Verschulden des Bestellers** ist der Anspruch **nicht** abhängig; andererseits genügt aber auch nicht die bloße Unterlassung der fraglichen Handlung, sondern es wird verlangt, daß durch sie ein Annahmeverzug eingetreten sei. Wann dem so ist, bestimmt sich nach §§ 293 ff.

4. Andererseits ist auch **kein Anspruch auf das volle Interesse** gegeben, für den auch bei dem Mangel einer eigentlichen Pflichtverletzung des Bestellers kaum ein Rechtsgrund zu finden wäre — denn der Besteller ist zwar zur Abnahme des hergestellten, aber nicht zur Mitwirkung bei dem herzustellenden Werke verpflichtet, Schöller aaO. S. 33 — sondern nur ein solcher auf die nach Abs. 2 näher zu bestimmende Entschädigung. Die strengere Ansicht von Cosack (§ 148 Nr. 2b), der in der „vereinbarten Vergütung" nur einen Anhaltspunkt für die Berechnung des an sich unbegrenzt zu leistenden Schadensersatzes erblickt, scheint mir weder äußerlich noch innerlich begründet. Vielleicht zerstreut seine Bedenken die Erwägung, daß dem Unternehmer die Rechte aus § 304 doch zweifellos daneben zuständig bleiben.

Auch Riezlers Ansicht, daß wenigstens bei Schuld des Bestellers volle Ersatzpflicht eintrete (S. 139—40) wird von Schöller mit Recht bekämpft; sie hat keinerlei Anhalt im Gesetz; s. dagegen auch unten Nr. 6.

5. **Der Abs. 2** berechnet **die Höhe** der Entschädigung nach verschiedenen Gesichtspunkten:

a) es soll ankommen auf **die Dauer des Verzuges und die Höhe der vereinbarten Vergütung.** Mit dem „und" sind hier nicht zwei unzusammenhängende Dinge äußerlich verbunden, sondern beides gehört untrennbar zusammen. Der Gedanke ist der, daß im Falle des Textes der Unternehmer durch den Annahmeverzug zu einem unnützen Zuwarten genötigt wird und daher für diesen vom Besteller veranlaßten Zeitaufwand einen Ausgleich erhalten muß, wie er dem Werte der Arbeitskraft approximativ entspricht. Das geschieht durch Verbindung beider genannten Größen, zu denen die für die Herstellung des Werkes normalerweise erforderliche Arbeitszeit als dritte hinzuzunehmen ist, um die vierte zu suchende Größe x zu gewinnen.

Man kann das durch eine mathematische Formel anschaulich machen:

Beträgt die Dauer des Verzuges 10, die normale Herstellungszeit des Werkes 20 Tage, die Vergütung 500 Mark, so ist $x = 250$ Mark ($10 : 20 = x : 500$). Um die wirklich zu leistende Vergütung festzustellen, ist davon das zu b) festzustellende Quantum abzuziehen.

Doch ist diese Berechnung nur ein Anhaltspunkt für den Beurteiler, keineswegs formell bindend; in letzter Linie entscheidet der Richter unter Berücksichtigung aller vorhandenen Umstände. Mit diesem Zugeständnis dürfte der gegen die von mir vorgeschlagene Formel laut gewordene Widerspruch von Kober-Staudinger Nr. II, 2b, Riezler S. 140, Rümelin S. 240, 244 entwaffnet werden.

Daß der Gedanke im Gesetze besonders klar ausgedrückt sei, wird sich nicht behaupten lassen.

b) Andererseits soll, als Minuendus von der nach a gewonnenen Größe x, in Betracht kommen einmal das infolge des Verzugs **an Aufwendungen Ersparte**, also das, was der Unternehmer, wenn es rechtzeitig zur Herstellung des Werkes gekommen wäre, in der fraglichen Zeit hätte aufwenden müssen, z. B. Unterhaltskosten am Herstellungsort, Lohn für die beim Werk zu verwendenden Arbeiter. Zum andern „dasjenige, **was der Unternehmer durch anderweitige Verwendung der Arbeitskraft verwenden konnte**". Diese Anrechnungspflicht entspricht tatsächlich meist der in §§ 324, 615 (s. Bem. dazu) festgestellten, beruht aber auf einem verschiedenen Gesichtspunkt (s. oben Nr. 2), nämlich auf demjenigen der eigentlichen Vorteilsausgleichung: das den Unternehmer schädigende Verhalten des Bestellers hat jenem auf der anderen Seite die Möglichkeit anderen Verdienstes verschafft. Ist diese Möglichkeit zur Wirklichkeit geworden, so erscheint der erlangte anderweite Verdienst durch das schädigende Benehmen des Gegners selbst indirekt mit verursacht — die an die Einheit der Kausalität geknüpfte compensatio lucri tritt also ein. Hat aber der Unternehmer von der vorhandenen Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht, so muß er sich den nur möglichen Verdienst dennoch anrechnen lassen, weil er die Schadenshöhe durch Hintanhaltung eines Minuendus selbst vergrößert, den Schaden insofern also selbst vorwiegend verursacht hat. Das ergibt sich deutlich aus den Schlußworten: „erwerben kann", nicht nur „erworben hat", die somit auf einem dem § 254 durchaus entsprechenden Gesichtspunkt beruhen. Hat der Unternehmer sich also nicht um Verdienstgelegenheit in der üblichen und seiner Stellung angemessenen Weise bemüht, die vorhandene grundlos nicht benutzt oder eine zu wenig lohnende statt der besseren ergriffen, so ist ihm doch das Plus anzurechnen.

über die Anrechnungspflicht nach §§ 324, 615 geht das erheblich hinaus — natürlich, dort stand ein Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung in Frage, bei dem eine Kürzung durch Anrechnung viel weniger naheliegend und daher sinngemäß weniger weitreichend ist, als bei dem sie seiner ganzen Zweckbestimmung nach fast selbstverständlich erscheinen lassenden Ersatzanspruch.

6. Der § 642 enthält nur ein **Sonderrecht**; **daneben** kommen für unseren Fall die allgemeinen **Regeln über Annahmeverzug** zur Anwendung, §§ 293 ff., auch die in §§ 320 ff. enthaltenen. Also insbesondere volle Erstattungspflicht des Unternehmers wegen der **Mehraufwendungen** (§ 304), die keineswegs notwendig schon durch den Anspruch aus § 642 gedeckt sind. Ferner gilt auch der Satz des § 644.

Insbesondere hindert das Vorhandensein des Anspruchs aus § 642 den Unternehmer nicht, statt dessen oder auch in Verbindung damit den Leistungsanspruch geltend zu machen, s. Kober-Staudinger I, 2. Ist aber die Ausführung des Werkes während des Annahmeverzuges oder doch infolge eines vom Besteller zu vertretenden Benehmens unmöglich geworden, so ist fortan von einem Annahmeverzug und einer weiteren Wirkung desselben im Sinne des § 642 keine Rede mehr. Die einmal aus § 642 entstandenen Wirkungen freilich bleiben bestehen; übrigens kommt § 324 zur Anwendung, so daß der Unternehmer fortan an Stelle des Entschädigungs- den vertragsmäßigen Lohnanspruch mit der schwächeren Anrechnungspflicht (s. oben Nr. 5b) geltend machen kann.

Ist die Handlung des Bestellers ohne sein vertretbares Verhalten, etwa durch seinen Tod, **unmöglich** geworden, so kommt § 642 natürlich nicht zur Anwendung, da hier ein Annahmeverzug nicht eintreten kann.

7. Bewirkt die Unterlassung der Handlung des Bestellers daneben auch **Leistungsverzug**? So Landé No. 5 für den Fall des Verschuldens. Ich bin anderer Ansicht, weil eine Pflicht zur Vornahme der Handlung dem Besteller nicht obliegt. Zwar das fertige Werk muß er abnehmen (§ 640), nicht aber zur Fertigstellung mitwirken; so auch Planck Nr. 1 und besonders RG. 53 Nr. 55 S. 222 ff. Ausgeschlossen ist danach insbesondere eine über § 642 hinausgehende Ersatzpflicht nach § 286 (s. auch oben Nr. 4) sowie eine Anwendung des § 326.

Allerdings kann der Fall so liegen, daß der Besteller sich geradezu durch Nebenvertrag **zur Lieferung des Stoffes verpflichtet hat**; dann kann er natürlich in Leistungsverzug geraten unter den allgemeinen Voraussetzungen und Wirkungen, s. Mot. S. 496.

8. Über das Verhältnis des § 642 zu § 615, insbesondere die Abgrenzung ihrer Anwendungsgebiete, s. Rümelin S. 242 ff.: § 615 soll Anwendung finden auf jeden Arbeitsvertrag mit fixierter Arbeitszeit und Zeitlohn, § 642 auf alle anderen; der Unterschied von Dienst- und Werkvertrag sei dabei als solcher nicht maßgebend.

§ 643.

Der Unternehmer ist im Falle des § 642 berechtigt, dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, daß er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablaufe der Frist vorgenommen werde. Der Vertrag gilt als aufgehoben, wenn nicht die Nachholung bis zum Ablaufe der Frist erfolgt.

E. II 579², RV. 633. — Prot. II S. 328—9.

Literatur: Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 356—60.

Die Bestimmung — s. wegen ihrer inneren Rechtfertigung Prot. II S. 329 — harmoniert mit dem ähnlichen Fristsetzungsrecht des Bestellers im Fall des § 634. Auch hier muß mit der Fristsetzung die Mitteilung des daran geknüpften Präjudizes verbunden sein. — Über den Begriff der „angemessenen Frist“ vgl. das zu § 250 Bemerkte.

Der fruchtlose Ablauf der Frist wirkt auch hier, wie sonst, zu Gunsten nicht nur des Berechtigten, sondern auch seines Gegners: der Vertrag wird, hier zwar wohl weniger auf Grund einer eingetretenen „fiktiven Unmöglichkeit der Erfüllung“, als

auf Grund der einmal vollzogenen, in der Fristsetzung liegenden bedingten **Kündigung** (so auch **Lotmar**, Arbeitsvertrag S. 576 ff. aufgehoben, also, wie überall in den Fällen einer Kündigung im Gegensatz zu denen des Rücktritts, nicht mit rückwirkender Kraft, sondern nur ex nunc. Dadurch rechtfertigt es sich, daß zu Gunsten des Unternehmers gewisse Ansprüche nach § 645 Abs. 1 Satz 2 bestehen bleiben, die hier nicht, wie nach § 642, den Charakter einer Entschädigung, sondern einer trotz der nun eingetretenen Aufhebung des Vertrages geschuldeten teilweisen vertragsmäßigen Vergütung haben. Die Ansprüche aus § 642 kann der Unternehmer daneben vom Zeitpunkt der vollzogenen Kündigung ab nicht mehr geltend machen, während die etwa bereits entstandenen bestehen bleiben. A. A. **Planck** Nr. 3. Er vergißt, daß doch vom Zeitpunkt der vollzogenen Kündigung ab die Arbeitskraft des Unternehmers wieder frei wird, so daß es für die Zubilligung weiterer Ansprüche aus § 642 fortan an jedwedem äußeren wie inneren Grund fehlt. So auch **Kober-Staudinger** Nr. 6, **Riezler** S. 141, **Türcke-Niebenführ** Nr. 3.

§ 644.

Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes. Kommt der Besteller in Verzug der Annahme, so geht die Gefahr auf ihn über. Für den zufälligen Untergang und eine zufällige Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffes ist der Unternehmer nicht verantwortlich.

Versendet der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so finden die für den Kauf geltenden Vorschriften des § 447 entsprechende Anwendung.

E. I 576, E. II 580, R.V. 634. — Mot. S. 497—500, Prot. II S. 329—31, D. S. 125—6.

Literatur: **Oertmann** in Grünhuts Z. 24 1—70, **Dochnahl**, Iherings Jahrb. 48 241 ff. und die dort zitierte überreichliche Dissertationenliteratur.

1. **Abgrenzung der Frage:** Bei dem Problem des Zufalls bei der Werkverdingung sind zunächst behufs einer angemessenen Entscheidung zwei wesentlich verschiedene Fragen zu sondern, die freilich in Gesetzgebung und Wissenschaft nicht selten verwischt werden:

a) **Die Gefahr einer Unmöglichkeit der Herstellung;**

b) **die Gefahr des vollendeten Werkes.**

Das BGB. behandelt in §§ 644—5 nur die zweite Frage; wegen der ersten kommen die Bestimmungen der §§ 323 ff. in Betracht, wonach der Unternehmer bei einer vom Besteller verschuldeten oder nach eingetretenem Annahmeverzug entstehenden Leistungsunmöglichkeit den Anspruch auf die Gegenleistung, nur unter einer gewissen Anrechnungspflicht (§ 324 Abs. 1 Satz 2), behält, in den übrigen Fällen denselben verliert.

Die §§ 644—5 befassen sich dagegen mit der Frage, welche Wirkung **der Untergang oder die Verschlechterung des ganz oder teilweise vollendeten Werkes** auf den Lohnanspruch des Unternehmers ausübe. Daß diese Frage mit der ersten nicht identisch ist, ergibt sich aus der Erwägung, daß in sehr vielen Fällen trotz der Vernichtung des zunächst begonnenen oder selbst schon fertiggestellten Werkes eine Neuherstellung noch möglich ist, z. B. eine solche des zusammengestürzten Baugerüstes oder Hauses. Alsdann bleibt an sich trotz des nach §§ 644—5 zu beurteilenden Zufalles im übrigen der Vertrag bei Kräften, da sich ein Erledigungsgrund für ihn

nicht finden läßt; der Werkmeister hat also insofern auch eine Wiederherstellungspflicht des zerstörten Werkes. Nur dann wird man den ganzen Vertrag durch Vernichtung des Werkes hinfällig werden lassen, „wenn dadurch entweder für den Werkmeister oder für den Besteller die Erfüllung seiner Vertragspflichten unmöglich gemacht oder wesentlich, dem konkreten Vertragsinteresse zuwider, erschwert ist", Oertmann S. 60, s. auch Landrecht I, 11, §§ 963—4. Die von der bisherigen Doktrin meist gelehrte unbedingte Herstellungspflicht des Unternehmers im Falle eines dazu physisch fähigen Werkes widerspräche kraß dem gerade für das BGB. an die Spitze gestellten Prinzip von Treu und Glauben, sowie dem oben Nr. 1 vor § 275 entwickelten milderen, „relativen" Standpunkt gegenüber dem Unmöglichkeitsbegriff.

Noch weniger läßt sich freilich die gegenteilige Anschauung verteidigen, daß nach Untergang des hergestellten Werkes dem Unternehmer überhaupt keine Pflicht zur Herstellung eines anderen mehr obliege, s. gegen die teilweise abweichenden Erkenntnisse, die freilich den anders gearteten Fall einer mangelhaften Herstellung des Werkes betrafen (s. oben Bem. 3b zu § 633), Rümelin aaO. S. 76ff. Eine unmittelbare Entscheidung der Frage ist in diesem wegen der in der Tat eine einheitliche Bemerkung nicht zulassenden Verschiedenheit der Fälle absichtlich vermieden, Mot. S. 498, wie hier auch Rümelin aaO.

2. **Bisheriges Recht:** Die Behandlung des Zufalls bei der Werkverdingung war bislang vielfach bestritten und auch, wo das nicht der Fall war, in recht verschiedenartiger Weise von den einzelnen Gesetzgebungen gestaltet.

Im Gemeinen Recht war der Streit ein besonders heftiger, s. über die verschiedenen Ansichten Oertmann aaO. S. 1ff.; Dochnahl aaO. Die herrschende Lehre legte dem Unternehmer alle Zufälle auf, sei es bis zur Fertigstellung, sei es gar bis zur Abnahme des Werkes; demgegenüber suchte eine in neuerer Zeit mehrfach vertretene Meinung (Strohal in Iherings Jahrb. 33 386; Dernburg, Pand. II, § 113; neuestens ausführlich Oertmann aaO.) in verschiedener Nuancierung eine dem Unternehmer günstigere Mittelmeinung zu begründen, nach der es vorzugsweise darauf ankommt, ob der Unfall in dem Betriebskreise des einen oder anderen der beiden Kontrahenten seinen Urgrund gehabt hat; „alle Unfälle, die in der Sphäre des Werkmeisters eintreten, gehen auf seine Gefahr; alle andern dagegen, mögen sie ihren Grund im Betriebskreise des Bestellers oder in einem äußeren Ereignis (namentlich vis maior!) haben, belassen dem Werkmeister seinen Anspruch", Oertmann S. 56. S. ll. 33, 36, 37, 59 D. 19,2. Ähnlich jetzt auch Rümelin S. 127ff., der aber etwas anders, dem Unternehmer minder günstig, abgrenzt; im Grunde auch Dochnahl aaO., der das Römische Recht freilich von der Gefahrtragung des Unternehmers ausgehen, diese aber in der jüngeren Entwicklung durch zahlreiche Ausnahmen (vitium materiae, vis maior) durchbrochen sein läßt und sich nur weigert, in diesen ein neues Prinzip anzuerkennen. Das Landrecht dagegen bürdete dem Werkmeister die Gefahr bis zur Abnahme auf, außer wenn der Zufall das vom Besteller gelieferte Material betraf, I 11, §§ 960ff. Ähnlich der Code Art. 1790, während das SächsGB. §§ 1248—9 den Zeitpunkt der Vollendung entscheidend sein ließ.

3. **Prinzip des BGB.:** § 644 legt dem **Unternehmer grundsätzlich die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes auf,** freilich nur in dem Sinne, daß er durch den früheren Untergang seinen Anspruch auf die Gegenleistung verliert, nicht auch, daß er dem Besteller auf das Erfüllungsinteresse hafte. Dies würde vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 276ff.) ein Verschulden oder eine besondere Garantieübernahme voraussetzen; Fälle, in denen selbst die vollzogene Abnahme den Unternehmer nicht von der Haftung entlasten könnte. Davon abgesehen, haftet der Unternehmer nach der besonderen, übrigens bereits ohnedies aus allgemeinen Prinzipien zu folgernden, Bestimmung von Satz 2 auch nicht für zufälligen Untergang und dergleichen Verschlechterung des ihm zur Verfügung gestellten Stoffes.

Die Gefahrtragung des Unternehmers entspricht in der Tat, wenn richtig abgegrenzt, dem Wesen des Werkvertrages; sie beruht, wie besonders Rümelin (s. Vorbem. vor § 631) überzeugend erwiesen hat, ohne weiteres auf seinem Gegensatz zum Dienstvertrag und ist im Grunde schon in § 631 enthalten, Rümelin S. 18 und passim. Aber das bezieht sich nur auf die besonderen Gefahren der Unternehmung als solcher; s. über diese und ihre verschiedenen Arten S. 9ff., 64ff., 76 (Gefahr der Unternehmung im engeren Sinne, Gefahr der Arbeitskraft, Gefahr der Zeit). Und ob das

BGB. nicht über diese rechtspolitisch begründeten Grenzen hinausgegangen ist, erscheint zunächst als eine offene Frage, s. dazu besonders unten b.

In dem vorhin festgestellten Sinne verstanden, begrenzt sich die Gefahr des Unternehmers in folgender Weise:

a) **zeitlich** erreicht sie ihr Ende:

α) im allgemeinen nicht mit der Vollendung, sondern erst mit der **Abnahme** des Werkes, im Sinne von § 640, s. Bem. dazu, Rümelin S. 230; wegen der rechtspolitischen Begründung dieser unter Umständen unbilligen Hinausschiebung des Gefahrüberganges einerseits Dernburg § 218, andererseits Rümelin S. 228ff.

β) ein **Annahmeverzug** des Bestellers läßt die Gefahr von seiner Entstehung ab übergehen; die Voraussetzungen bestimmen sich nach §§ 293ff., 642. Die Behauptung von Kohler, ArchBürgR. 13 258ff., Annahmeverzug liege überall da vor, wo die Unmöglichkeit der Ausführung in den Verhältnissen des Bestellers oder dem von ihm gegebenen Stoffe ihren Grund habe, ist sehr kühn und mit dem Wortlaute des Gesetzes (leider!) nicht zu vereinen. Nur in den Fällen, wo die Leistung noch möglich ist, und etwa bloß „der Besteller aus Zufall die zur Leistung erforderliche Situation nicht herstellen kann", wird man Kohler die Möglichkeit eines Annahmeverzuges zugeben. Solche Fälle liegen aber überall da nicht vor, wo der Zufall das Substrat des anzufertigenden Werkes betroffen und damit dieses unausführbar gemacht hat.

Ähnlich wie Kohler auch Crome § 268 Nr. 2a und besonders b, der allgemein da einen Annahmeverzug eintreten läßt, wo das Werk aus einem ausschließlich den Besteller treffenden Grunde nicht vollendet werden kann, während der Unternehmer an sich fortdauernd leistungsfähig bleibt. Das berücksichtigt gleichfalls nicht genügend die Eventualität, daß der Zufall mit der Person des Bestellers indirekt auch die Ausführbarkeit des Werkes selbst auszuschließen vermag.

Dagegen, wie hier, gegen die Kohlersche Lehre Dochnahl aaO. S. 310—1; Rümelin S. 82; Titze, Unmöglichkeit S. 23ff. S. auch oben Bem. zu § 293.

γ) bei **der Abnahme nicht fähigen Werken** (s. über diese Klasse Bem. 2a zu § 640) ist bereits der Zeitpunkt der Vollendung entscheidend, § 646.

δ) Eine erst vom Entw. II eingeführte Besonderheit (s. dagegen Mot. S. 499) enthält Abs. 2 für die Fälle der **Verschiedenheit von Erfüllungs- und Bestimmungsort des Werkes** (s. oben zu §§ 269 Bem. 7, 447 Bem. 1). Hier **geht die Gefahr**, wie nach § 447 beim Kauf, schon **mit der Absendung über**. Man wird indes annehmen müssen, daß der Unternehmer, der sich auf diese Bestimmung beruft, immerhin **den Beweis der Billigungswürdigkeit** des abgesandten Werkes zu führen habe; dies sowohl nach dem Sinn wie dem Wortlaut des Satzes: „das Werk" ist doch nur das korrekte, abredegemäß hergestellte Werk.

b) **gegenständlich** wird die Gefahrtragung des Unternehmers eingeschränkt in den Fällen des § 645, s. diesen. **Weitere Ausnahmen** zu Gunsten des Werkmeisters sind **nicht** gemacht, weder mit einem Teil der bisherigen Rechte für den Fall eines Unterganges des Werkes durch höhere Gewalt, noch selbst für den, wo das Werk durch in der Betriebssphäre des Bestellers entstehende Zufälle (Tod des Patienten, Brand der mit Fresken geschmückten Villa) vor den oben angeführten Zeitpunkten untergeht.

Gegen dieses für die arbeitenden Stände harte, rechtspolitisch anfechtbare Ergebnis ist in jüngster Zeit auch dogmatisch mehrfach Widerspruch laut geworden, den ich, so gern ich es möchte, nach dem geltenden Recht nicht für begründet erachte. Gegen den Versuch von Kohler und Crome, die dem Unternehmer unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges (Abs. 1 Satz 2) helfen möchten, s. oben aβ. Annehmbarer erscheint der Versuch Rümelins S. 99ff., 127, der die oben Nr. 2 für das Gemeine Recht vertretene Scheidung nach Betriebs- oder Gefahrenkreisen (entschiedene Anklänge an diesen Gedankengang schon früher bei Crome aaO.) im geltenden Recht wiederzufinden vermeint. Die Gefahr, die § 644 dem Unternehmer aufbürde, sei nur die spezifische Gefahr der Unternehmung im weiteren Sinne (besonders die Gefahr der Herstellung des Werkes und der Aufbewahrung des Hergestellten) oder, was dasselbe bedeutet, die seiner Betriebssphäre angehörige Gefahr. Ich fürchte, daß der Text des Gesetzes zu dieser übrigens durchaus gerechtfertigten Unterscheidung keinen genügenden Anhalt bietet; doch würde ich es begrüßen, wenn die Praxis den Mut fände, die unzulängliche Regelung im Texte durch eine entsprechende Auslegung zu remedieren. Aus § 645, darin hat Rümelin Recht, läßt sich kein Gegenargument entnehmen (S. 139), weil die dort unterstellten Gefahren an sich auch solche der Unternehmung sein könnten, die also insoweit ohne die Sondervorschrift auch nach Rümelins

Auslegung den Unternehmer treffen müßten. Auch die rechtspolitischen Bedenken gegen seine Lehre weiß Rümelin S. 141—2 treffend zu zerstreuen. Gegen sie spricht nur der eine, aber schwer zu überwindende Grund, daß nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte — ein ihr entsprechender Antrag war in der zweiten Kommission gestellt, aber abgelehnt — die dem Unternehmer im Text auferlegte Gefahr kaum anders als im Sinne der gesamten Gefahr des Werkes, also nicht nur der Unternehmung, verstanden werden darf.

Vernichtet freilich ein vom Besteller zu vertretender Umstand das Werk, so behält der Unternehmer seinen Anspruch auf die Gegenleistung, hat darüber hinaus auch Anspruch auf Ersatz seines etwaigen weiteren Interesses, § 645 Abs. 2.

4. Mit dem Uebergang der Gefahr auf den Besteller wird dieser endgültig, vorbehaltlich nur seiner etwaigen Ansprüche wegen Mängel, zur Zahlung verpflichtet; ein Untergang des Werkes, auch wenn vor der wirklichen oder auch nur möglichen Ingebrauchnahme eingetreten, kann seine Pflichten nicht mehr beseitigen.

5. Wird das Werk nur **teilweise vernichtet**, so soll nach Rümelins überzeugender Ausführung S. 86 ff. bei vorhandenem Werte des verbleibenden Restes der Unternehmer Anspruch auf einen entsprechenden Teil des Lohnes behalten. Die Berechnung würde sich nach der Proportion vollziehen:

$$\left(\frac{\text{Wert des Restwerkes}}{\text{Wert des Gesamtwerkes}} \text{ wie } \frac{x}{\text{Gesamtlohn.}}\right)$$

Auch hiergegen bildet § 645 keinen Gegenbeweis; denn in den dahin gehörigen Fällen soll der zu leistende Teillohn nicht nach dem Wertverhältnis, sondern nach dem für den Unternehmer meist viel günstigeren Verhältnis der Arbeitsleistung berechnet werden. Ebenso beim Dienstvertrag gemäß § 323, der zur Teilentlohnung nach dem Maß der geleisteten Dienste als solcher führt. Der Gegensatz beider Verträge bleibt also auch bei dieser Lehre unangetastet. Sie ist andererseits mit dem Wortlaute des Gesetzes vereinbar und zur Vermeidung unerträglicher Härten notwendig.

§ 645.

Ist das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden, ohne daß ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. Das Gleiche gilt, wenn der Vertrag in Gemäßheit des § 643 aufgehoben wird.

Eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens bleibt unberührt.

E. I 577, E. II 581, RB. 635. — Mot. S. 500—2, Prot. II S. 331—5.

1. **Ausnahmen von der Gefahr des Unternehmers**: Von dem Prinzip des § 644, wonach der Unternehmer bis zur Abnahme oder Vollendung des Werkes die Gefahr trägt, macht § 645 einzelne **Ausnahmen**; der Unternehmer behält seinen Lohnanspruch, wenn auch nicht immer ganz, so doch mindestens teilweise, wenn das Werk untergeht, verschlechtert oder unausführbar wird:

a) **Infolge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes.** Unter „Stoff" sind alle Gegenstände zu verstehen, aus denen oder mit deren Hilfe das Werk herzustellen war; insbesondere auch der Boden, auf dem das Bauwerk errichtet werden soll; der Besteller muß also, wie im GR. nach l. 62 D. 19, 2, insofern das „vitium soli" vertreten (Erdrutsch, allzugroße Feuchtigkeit des Terrains).

Auch die Materialien, z. B. Baugerüste, Leitern, wird man zum Stoff zu rechnen haben. So auch Dochnahl S. 306.

Ob die Stofflieferung dem Besteller vertragsmäßig oblag oder von ihm freiwillig vorgenommen wurde, kann nach dem Wortlaut wie Sinn des Paragraphen keinen Unterschied begründen.

b) **Infolge einer vom Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung.** Daß den Besteller dabei eine Schuld traf, ist nicht erfordert, das ergibt sich ohne weiteres aus der für diesen Fall besonders ergehenden weiteren Bestimmung des Abs. 2.

Wann ist der Zufall die Folge einer „Anweisung" im Sinne des Textes? S. dazu einerseits Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 319ff., andererseits Berndorff, Gattungsschuld S. 121, Kisch, Unmöglichkeit S. 71. Diesen ist Recht zu geben, daß die „Anweisung" nicht nur eine mehr oder minder entfernte Bedingung des eintretenden Schadens, sondern, um nach § 645 gewertet zu werden, geradezu Grund und Ursache dafür sein muß, im Sinne des adäquaten Kausalzusammenhanges.

Es ist somit keine „Anweisung" des Bestellers, wenn dieser den Maler anweist, ihn im Atelier oder umgekehrt in seiner Wohnung zu porträtieren, so daß bei Verbrennen des Bildes § 645 zur Anwendung käme. Denn dadurch war noch kein den Brand „generell begünstigender Umstand" gegeben; es sei denn, daß der angewiesene Raum notorisch besonders feuergefährlich war.

Mit Recht macht übrigens Dernburg, § 318 Nr. 5, auf den Unterschied zwischen Anweisungen und Vertragsbedingungen aufmerksam. Auf letztere ist § 645 nicht zu beziehen; weder Wortlaut noch Sinn spricht dafür, sie, zu deren Zustandekommen beide Teile gleichmäßig mitgewirkt haben, zu einer einseitigen Begünstigung des einen zu verwenden.

c) Weitere Ausnahmen vom Grundsatz des § 644 sind nicht gemacht. Insbesondere greift § 645 nicht durch, wenn das Mißlingen des Werkes durch einen von dritter Seite herkommenden Unfall herbeigeführt worden ist, während der Unternehmer an sich zur Ausführung dauernd fähig blieb. Die gegenteilige Ansicht von Crome (§ 268 Nr. 2b) hat zwar rechtspolitisch vieles für, aber dogmatisch die schon zu § 644 Nr. 3aß entwickelten, hier wiederkehrenden Bedenken gegen sich. „Treu und Glauben" kann man dafür — nach dem oben zu § 242 Gesagten — nicht kurzerhand anführen, und von einem gerade auf derartige Fälle zu beziehenden Lohnversprechen wird man ohne Zuhilfenahme von Fiktionen kaum reden können.

2. **Vergütung des Unternehmers in den Fällen zu 1:** Steht nach dem Gesagten das Werk auf Gefahr des Bestellers, so kann der Unternehmer trotz des Unterganges oder der Verschlechterung eine Vergütung fordern, und zwar:

a) War das Werk bereits ganz vollendet, den ganzen Lohn.

b) War es erst teilweise vollendet, einen der geleisteten Arbeit — also nicht nur dem Wertverhältnis des bereits Hergestellten zu dem vollendeten Werk — entsprechenden Teil der Vergütung. Die gesuchte Größe X ergibt sich ohne Schwierigkeiten aus den drei bekannten oder doch feststellbaren Größen, der für das Werk erforderlichen Gesamtarbeit, der geleisteten Arbeit und dem bedungenen Lohn.

Waren von 100 Arbeitsstunden 50 bereits aufgewendet und betrug der Lohn 300 Mark, so ist X gleich 150 Mark (100 : 50 = 300 : X).

Darin liegt ein doppelter Unterschied gegenüber der regelmäßigen Behandlung gemäß § 644, die dem Unternehmer bei völliger Vernichtung des Werkes gar keinen und bei teilweiser Vernichtung (s. Nr. 5 zu § 644) nur einen dem Werte des Restes (nicht der Arbeit) entsprechenden Teillohn zukommen läßt.

c) In allen Fällen sind daneben die in der Vergütung nicht enthaltenen **Auslagen zu erstatten,** einerlei, wie groß das bereits vollendete Arbeitsquantum war.

Waren sie in dem bedungenen Lohn mitenthalten, so sind sie nicht als solche zu erstatten, wohl aber in der Berechnung zu b) mit zu berücksichtigen. Das geschieht am besten so, daß ihr Wert in Gedanken zunächst von der Gesamtvergütung abzuziehen, und dann der bereits aufgewendete Teil des Schätzungswertes dem Werkmeister vorweg gutzuschreiben ist. Derart wird das Prinzip der verhältnismäßigen Entlohnung für den vollzogenen Teil der Leistungen gewahrt. So auch Kober-Staudinger II, 1c, Dochnahl S. 308.

Diese Ansprüche stellen allesamt keine Entschädigungsansprüche dar, vielmehr bleibt ungeachtet der Vernichtung des Werkes der vertragsmäßige Anspruch des Unternehmers in der festgestellten Höhe unversehrt. Das ergibt der zweifellose Wortlaut („Teil der Vergütung"; man beachte den verschiedenen Ausdruck in dem benachbarten § 642: „angemessene Entschädigung") und wird auch durch innere Gründe bekräftigt.

Der Anspruch aus Abs. 1 wird doch auch zu einem möglicherweise vorhandenen Entschädigungsanspruch (Abs. 2) in Gegensatz gestellt. Anders ohne zureichende Gründe Riezler S. 147; wie hier Kober-Staudinger Nr. II, 1a und dort zitierte.

3. **Durch Satz 2** werden der gleichen Behandlung unterworfen die Fälle, in denen der Werkvertrag vom Unternehmer wegen Säumnis des Bestellers in der ihm obliegenden Herstellungshandlung gekündigt wird. Also auch hier Anspruch auf die verhältnismäßige Vergütung. War freilich, wie in solchem Falle wohl meistens, wegen der Säumnis das Werk noch gar nicht begonnen, dann bleiben die eben angegebenen Ansprüche, den wegen der Materialien ausgenommen, gegenstandslos. Die berechtigten Interessen des Unternehmers können dann höchstens aus § 642 einigen Schutz erfahren.

4. Das bisher Gesagte ließ die Möglichkeit **eines Verschuldens des einen oder des andern Teiles** aus dem Spiel. Liegt solches vor, so ist zu scheiden:

a) **Den Unternehmer trifft ein Verschulden.** Ein solches kann insbesondere auch darin zu finden sein, daß er den gelieferten Stoff nicht seiner etwaigen sachverständigen Prüfung unterzieht oder von dem aufgetauchten Bedenken dem Besteller nicht Anzeige macht; auch darin, daß er trotz seiner fachmännischen Kenntnis den zweckwidrigen Anweisungen des Bestellers, ohne ihn auf die Bedenken aufmerksam zu machen, Folge leistet, s. Meisner Nr. 2, besonders ausgesprochen im SächsGB. § 1248.

Alsdann haftet er dem Besteller auf Schadensersatz und kann keinesfalls den Anspruch aus § 645 geltend machen, denn der Untergang ist hier weniger durch die dort angeführten Momente, als durch sein eigenes nachlässiges Verhalten herbeigeführt. Dieselbe Wirkung hat, wenn auch aus anderem Grunde, ein Garantieversprechen.

b) **Trifft umgekehrt den Besteller ein Verschulden,** so haftet er neben seiner Pflicht aus § 645 Abs. 1 nach Abs. 2 dem Unternehmer auf die volle Gegenleistung im Sinne von § 324, s. Bem. dazu. S. dazu auch Schöller bei Gruchot **46** 34, der mit Recht hervorhebt, daß mit dieser „Haftung" nur die Gefahr des Schuldverhältnisses gemeint sein kann, wie sie § 324 dem Gläubiger für die dort genannten Fälle aufbürdet. Von einer Schadensersatzhaftung kann hier, wo lediglich ein Gläubigerverschulden in Frage steht, nicht die Rede sein (so besonders nicht im Falle von Abs. 1 S. 2, auf den sich Abs. 2 offenbar gleichfalls beziehen soll).

c) **Trifft beide ein Vorwurf,** dann wird im Sinne von § 254 zu prüfen sein, wessen Verschulden das größere war, oder wessen Verhalten den Schaden vorzugsweise herbeigeführt hat.

5. Wird durch den Untergang oder die Verschlechterung **die Herstellung des Werkes nicht unmöglich,** so kommen wegen der Verpflichtung zur Neuherstellung oder Reparatur des verschlechterten Werkes die Bemerkungen bei § 644 Nr. 1 zur Geltung; soweit der Unternehmer zu einer solchen verpflichtet bleibt, muß natürlich der Besteller im Falle von § 645 den Mehraufwand von Arbeit entsprechend vergüten, da er ja sonst die Gefahr wieder auf den Unternehmer abzuwälzen in der Lage wäre.

6. Die Voraussetzungen des § 645 muß **der Unternehmer beweisen**; dahin gehört auch der Nachweis seiner Schuldlosigkeit, einmal wegen § 282, dann aber, weil nur in diesem Falle der Untergang als Folge der in § 645 genannten Momente angesehen werden kann. Übereinstimmend Entsch. des RG. bei Seuffert 48 Nr. 22 S. 30.

§ 646.

Ist nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen, so tritt in den Fällen der §§ 638, 641, 644, 645 an die Stelle der Abnahme die Vollendung des Werkes.

E. I 579³, E. II 582, RV. 636. — Mot. S. 506ff., Prot. II S. 336.

Bei welchen Werken eine Abnahme ausgeschlossen sei, ist bereits zu § 640 festgestellt, s. Bem. 2a dazu. Steht ein derartiges Werk in Frage, so ist statt der Abnahme die Vollendung entscheidend:

a) wegen der Verjährung, § 638.
b) wegen der Fälligkeit der Vergütung, § 641.
c) wegen des Überganges der Gefahr, §§ 644—5.

§ 647.

Der Unternehmer hat für seine Forderungen aus dem Vertrag ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind.

E. I 574, E. II 583, RV. 637. — Mot. S. 494, Prot. II S. 321.

I. Das dem Werkmeister hier gewährte Pfandrecht entspricht dem Vorgange der (alten) KO. § 41 Nr. 6, aber auch schon dem Landrecht I, 11, § 974. Es rechtfertigt sich aus dem bereits im Römischen Pfandsystem mehrfach verwerteten Gesichtspunkt der Verwendung (versio in rem).

2. Das Pfandrecht steht dem Unternehmer zu **wegen aller Ansprüche aus dem Vertrage**, also für Arbeit, Auslagen, auch wegen der etwaigen Entschädigungsansprüche, etwa aus § 642. Denn auch diese sind in letzter Linie aus dem Vertrage entstanden. Übereinstimmend Planck Nr. 2. Anders steht es mit den Ansprüchen aus einer nur anläßlich der Vertragsausführung etwa vorgekommenen unerlaubten Handlung des Bestellers.

Die Einbeziehung der Prozeßkosten unter die durch das Pfand gesicherten Forderungen ist nicht ganz sicher, aber mit Neumann Nr. 1 und Kober-Staudinger Nr. 3c wohl gemäß § 1210 (s. unten Nr. 4) anzunehmen. Anders OLG. Posen in Rspr. I S. 398.

3. Das Pfandrecht ist vorhanden:

a) **an beweglichen** Sachen; wegen unbeweglicher s. § 648.

b) an Sachen **des Bestellers**, nicht an den einem dritten gehörigen, z. B. ein Nutzungsberechtigter (Nießbraucher, Ehemann, Träger der elterlichen Gewalt) gibt eine seinem Recht unterworfene Sache zur Reparatur.

c) **an den vom Unternehmer hergestellten oder ausgebesserten** Sachen des Bestellers, also nicht auch an den Werkzeugen und Materialien, die ihm zur Ausführung des Werkes überwiesen sind.

d) an den bei der Herstellung oder zwecks Ausbesserung **in seinen Besitz gelangten** Sachen; also z. B. nicht an Kleidern, die der Flickschneider in der Wohnung des Bestellers repariert, denn bezüglich ihrer ist er höchstens Besitzdiener (§ 855).

4. **Auf das gesetzliche Pfandrecht finden** nach § 1257 **die Regeln der §§ 1204—56 über das vertragsmäßige entsprechende Anwendung**; es kann also auch zur Sicherung eines noch nicht fälligen oder bedingten Lohnanspruchs dienen, Planck Nr. 2.

5. Das Pfandrecht aus § 647 verleiht nach KO. § 49 Nr. 2 im Konkurse ein Absonderungsrecht. Neben dem Pfandrecht und vielfach auch in den Fällen, wo es nach Nr. 3 nicht am Platze ist, kann dem Unternehmer das allgemeine Zurückbehaltungsrecht des § 273 zustehen; soweit er dasselbe auf Grund von Verwendungen, „wegen des den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigenden Betrags seiner Forderung aus der Verwendung" ausübt, steht ihm nach KO. § 49 Nr. 3 im Konkurse gleichfalls ein Absonderungsrecht zu.

6. Anwendbarkeit des § 647 (und 648) auf den **Dienstvertrag**: S. Rümelin S. 247 ff., der sich unter Berufung auf die Reichstagsverhandlungen und aus inneren Gründen einer Bejahung der Frage zuneigt. Ich trage angesichts der doch immerhin rein positiven Natur dieser Paragraphen ernste Bedenken, soweit zu gehen; der Arbeiter dürfte hier vielmehr auf das Zurückbehaltungs- und Absonderungsrecht nach Nr. 5 beschränkt sein.

§ 648.

Der Unternehmer eines Bauwerkes oder eines einzelnen Teiles eines Bauwerkes kann für seine Forderungen aus dem Vertrage die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke des Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er

die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.

E. II 583², RV. 638. — Prot. II S. 321—8.

1. **Allgemeines; bisheriges Recht:** Der § 648 regelt eine der in der Entstehungsgeschichte des BGB. meistbehandelten Fragen, die nach dem **Pfandrecht der Bauhandwerker**, s. dazu Oertmann in Conrads Jahrb. **60** 87 ff., 266 ff., 387 ff. Dem Gemeinen Recht war ein solches im allgemeinen fremd, wenn auch die frühere Praxis bis ins 19. Jahrhundert hinein die römischen Stellen, wonach das ad restitutionem aedificii gegebene Darlehen mit einer gesetzlichen privilegierten Hypothek am Gebäude ausgestattet wurde, vielfach auf die Bauhandwerker und Lieferanten ausgedehnt hat. Dagegen gewährte das Landrecht I, 11, §§ 971—2 dem Werkmeister an dem hergestellten oder verbesserten Gebäude einen Pfandrechtstitel, der auch ohne Genehmigung des Bauherrn oder dessen Verurteilung dazu durch eine Vormerkung gesichert werden konnte. Ähnlich die Bayrischen und Württembergischen Pfandgesetze von 1822 und 1825. Der Code Art. 2103 Abs. 4 gab dem Unternehmer sogar ein, freilich stark verklausuliertes und auf die nachweisliche Werterhöhung des Bauwerks durch seine Arbeit beschränktes, Pfandrecht.

Wegen des bedeutsamen amerikanischen Schutzrechts s. vorzüglich Salomonsohn (Solmßen), Der gesetzliche Schutz der Baugläubiger in den Vereinigten Staaten, 1900. — S. im allgemeinen auch Simonsohn, Diss. Greifswald 1900.

Alle diese Schutzbestimmungen hatte der erste Entwurf aus völlig unzureichenden Gründen beseitigt, was eine lebhafte Protestbewegung aus den Kreisen der Juristen wie Interessenten veranlaßte. Ihr Ergebnis ist der von der zweiten Kommission eingefügte § 648. Dagegen wurde der mehrfach gemachte weitere Vorschlag auf Einführung eines wahren, sei es unbeschränkten oder auf den durch ihre Arbeiten entstandenen Mehrwert beschränkten, gesetzlichen Pfandrechtes der Bauhandwerker von der Kommission wie auch vom Reichstag abgelehnt. Die Reichsregierung hat sich indes auf mehrfache Anregungen aus den Parlamenten bereit erklärt, die Frage im Wege der Spezialgesetzgebung weiter zu verfolgen, und es wurden zunächst Ende 1897 „Entwürfe eines Reichsgesetzes, betreffend die Sicherung der Bauforderungen und eines preußischen Ausführungsgesetzes nebst Begründung" in amtlicher Ausgabe (Berlin bei v. Decker) veröffentlicht, die wieder eine lebhafte literarische Bewegung hervorriefen. S. dazu Oertmann im ArchSozG. **12** 35—74; Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages **2** 173 ff., **3** 103 ff. (Eckels); **3** 51 ff. (Thinius), Verhandlungen in Bd. **4** 35—75; ferner Munk in GruchotsBeitr. **42** 396 ff. und besonders H. Freese, Das Pfandrecht der Bauhandwerker, 1901.

Unter Berücksichtigung der mannigfachen Ausstellungen wurden die Entwürfe von 1897 einer vollständigen Umarbeitung unterzogen und an ihrer Stelle im September 1901 neue Entwürfe publiziert, s. dazu Biberfeld, Sicherung der Bauhandwerker, 1902, Oertmann, ArchBürgR. **20** 252 ff., Heymann das. **22** 389 ff., H. Schneider, Die Gesetzentwürfe zur Sicherung der Bauforderungen, 1901, dann Gutachten von Harnier und Freese für den 26. Deutschen Juristentag **2** 54 ff., 205 ff. und Verhandlungen das. **3** 56 ff.

Auch die Entwürfe von 1901 sind inzwischen wiederum umgearbeitet worden; nach der Tagespresse ist ein neuer Entwurf hergestellt und soll demnächst den gesetzgebenden Körperschaften unterbreitet werden.

2. **Prinzip des § 648:** Dieser gewährt den Bauhandwerkern einen Anspruch auf eine **Sicherungshypothek** im Sinne von §§ 1184 ff. Es handelt sich nicht um ein gesetzliches Pfandrecht, sondern nur um einen sogen. **Pfandrechtstitel**, der zum wirklichen Pfandrecht mit Vorrang vor späteren Belastungen erst kraft vollzogener Eintragung führt. Auf diese Eintragung aber hat der Bauhandwerker einen Anspruch; er kann den Bauherrn nötigenfalls nicht nur auf seine Einwilligung verklagen und die fehlende durch rechtskräftiges Urteil ergänzen lassen, sondern auch zur Sicherung des Platzes schon vorher nach §§ 883, 885 die Eintragung einer Vormerkung im Wege einstweiliger Verfügung erwirken. Dies selbst ohne besonderen Nachweis einer Gefährdung des zu sichernden Anspruches, § 885 Abs. 1 Satz 2.

Doch kann die Klage auf Einräumung der Hypothek nicht überall mit dem persönlichen Anspruch auf Bezahlung verbunden werden, Oberneck, Grundbuchrecht

Aufl. 3 S. 350, 1000. Umsoweniger kann, wenn nur auf Zahlung geklagt ist, dieser Anspruch vom Prozeßgericht durch einstweilige Verfügung gesichert werden. Solcher Sicherung ist vielmehr nur der Bewilligungsanspruch aus § 648 fähig, und es ist somit als Gericht der Hauptsache im Sinne von ZPO. § 937 das Gericht zuständig, bei dem auf Bewilligung der Sicherungshypothek zu klagen ist.

3. a) Der Anspruch auf die Sicherungshypothek steht dem **„Unternehmer eines Bauwerkes oder eines einzelnen Teiles eines Bauwerkes"** zu, also nicht nur den Baumeistern und Architekten, sondern auch den Bauhandwerkern, die etwa Türen Öfen, Treppen, Fenster gefertigt haben, überhaupt jedem, der im einzelnen Fall einen solchen Vertrag als Unternehmer schließt. Nicht aber auch den einzelnen Arbeitern, die nicht „Unternehmer" in Bezug auf den Bau sind, auch **nicht** den **Lieferanten**, deren Ansprüche ja überhaupt nicht auf einem Werk-, sondern einem Kaufvertrage beruhen und die daher nicht nach dem Gesetz vorleistungspflichtig sind. Dagegen schadet es nichts, daß der Werkmeister neben seiner Arbeit auch die Stoffe liefert, solange diese nur als Nebensache anzusehen sind, s. § 651.

Ist dem freilich nicht so, so kommt den Ansprüchen aus dem Werklieferungsvertrag das Schutzrecht nicht zu gute, § 651 Abs. 1 Satz 2. S. zur Abgrenzung auch den vom OLG. Köln in Rspr. I S. 433 entschiedenen Fall.

Der **„einzelne Teil"** braucht nicht abgeschlossen zu sein, gemeint ist damit, daß jeder bei dem Bauwerk irgendwie als Unternehmer Beteiligte wegen seiner Ansprüche das Recht hat; so auch Planck Nr. 2 unter Berufung auf die Reichstagsverhandlungen.

Darum ist der Anspruch aus § 648 insbesondere auch auf Grund von bloßen Reparaturverträgen, soweit sie nicht als bloße Dienstverträge aufzufassen sind, anzuerkennen, so richtig KG. vom 3. IV. 1901 in Rspr. II S. 283.

b) Der **Begriff des „Bauwerkes"**, um das es sich nach § 648 handeln muß, kann nur in der Definition, aber kaum in der Anwendung des Lebens Schwierigkeiten machen.

Man hat darunter keineswegs nur Gebäude zu verstehen, Bauwerk ist vielmehr ein viel weiterer Begriff, s. Staudinger-Kober Nr. II, 3, M. Wolff, Grenzüberbau S. 87: Bauwerk ist jedes von Menschenhand hergestellte Werk, das Selbständigkeit und Verbindung mit dem Boden besitzt; ein Gebäude liegt nur dann vor, wenn das Werk Personen oder Sachen gegen äußere Einflüsse Schutz zu gewähren bestimmt ist. Ähnlich RG. 56 Nr. 10 S. 42: Bauwerk ist eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache. Auch Tiefbauten sind mit darunter zu rechnen. Ein sogen. artesischer Brunnen (Bohrloch) dagegen fällt als solcher nicht unter den Begriff, RG. 56 41 ff.

Ein **Neubau** braucht nicht vorzuliegen, es ist der Pfandrechtstitel vielmehr auch bei bloßen Umbauten gegeben. Dagegen setzt der Paragraph Bauwerke auf Grundstücken voraus, da nur an dem „Baugrundstück" die Hypothek verlangt werden kann; sollte es mobiliare Bauwerke geben (etwa Schiffe, Eisenbahnwagen?), so ist bei ihnen der Unternehmer auf das Pfandrecht aus § 647 beschränkt.

4. a) Der Anspruch geht auf eine Sicherungshypothek **an dem Baugrundstücke des Bestellers**, entfällt also, wenn der Bauherr nicht direkt mit dem Werkmeister kontrahiert hat, sondern mit einem zunächst auf eigene Rechnung den Bau ausführenden Baumeister.

Daß das Bauwerk wesentlicher Bestandteil des Grundstückes werde, ist wohl zur Anwendung des Anspruches aus § 648 an sich nicht notwendig (anders anscheinend Kober-Staudinger II, 3d); insbesondere ist nicht einzusehen, warum der Umstand, daß das Bauwerk nach § 95 Abs. 2 nicht Bestandteil des Grundstücks und daher nicht Gegenstand von dessen hypothekarischer Belastung wird, den Anspruch auf die Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke ausschließen soll. Müßte das Substrat der Arbeit Bestandteil des Grundstückes werden, um diesem die Eigenschaft eines Baugrundstückes zu verleihen, so wäre es folgerecht, die Sicherungshypothek auch durch spätere Beseitigung des Bauwerkes hinfällig werden zu lassen — ein unmögliches, noch nie vertretenes Ergebnis! In den Fällen von § 95 Abs. 1 wird allerdings um deswillen meist anders zu entscheiden sein, weil das Grundstück nicht dem Besteller gehört. Doch trifft das im Ergebnis beim Erbbaurecht nicht zu. Da dieses nach den Regeln der Grundstücke behandelt wird, § 1017, sind die vom Erbbauberechtigten aufgeführten Bauwerke Bestandteile des als Grundstück behandelten und als solches

ihm gehörigen Erbbaurechtes; dieses ist im Rechtssinn „Baugrundstück des Bestellers", fällt also unter § 648.

b) Ebenso läßt **eine Veräußerung** des Grundstückes durch den Besteller den noch nicht geltend gemachten Anspruch untergehen. Denn der Neuerwerber ist dem Unternehmer nicht verpflichtet, der Besteller aber nicht mehr Eigentümer. Dagegen bleibt die gegenüber dem Veräußerer bereits erwirkte Vormerkung natürlich trotz der Veräußerung bestehen; der Erwerber haftet zwar nicht persönlich, muß aber den auf Grund der Vormerkung dinglich gesicherten Anspruch gegen sich gelten lassen. Dies nach § 888, s. Biermann, Bem. 4 dazu, Oberneck aaO. S. 1000. Anders OLG. Dresden in Rspr. IV S. 237, das zunächst ein gegen den Schuldner zu erlassendes, dessen Einwilligung ersetzendes Urteil erfordert. Das dürfte weder äußere noch innere Gründe für sich haben.

Wie wirkt es umgekehrt auf den Anspruch aus § 648, wenn der Unternehmer seinen Lohnanspruch einem dritten abtritt? Die erwirkte Sicherungshypothek geht natürlich auf diesen über, dagegen soll der noch nicht durchgeführte Anspruch auf sie erlöschen nach OLG. Kiel bei Seuffert 57 Nr. 76 S. 135. Dagegen aber mit verschiedener Begründung Teutsch, SeuffBl. 67 118ff., Franke, Recht 02 260, OLG. Naumburg 9. I. 1903 in Rspr. VI S. 84. Mit Recht! § 401 dürfte auf diesen Fall mindestens entsprechend anwendbar sein; das Recht aus § 648 ist offenbar privilegium causae, non personae datum.

5. Sie steht zu **wegen aller Forderungen aus dem Vertrage**; dies im Sinne von § 647 verstanden. Eine Fälligkeit der Forderungen wird nicht gefordert, auch wegen gestundeter Ansprüche kann der Pfandrechtstitel geltend gemacht werden.

Ebensowenig ist die Vollendung des ganzen Werkes zu verlangen, jedoch kann nach Satz 2 vorher der Anspruch auf die Hypothek nur geltend gemacht werden wegen eines den geleisteten Arbeiten entsprechenden Teiles der Vergütung und der darin nicht einbegriffenen Auslagen — also in demselben Umfang, wie der Unternehmer trotz Unterganges des Werkes nach § 645 seine Ansprüche behält.

6. Noch günstiger steht der Unternehmer, soweit er nicht die Eintragung der Hypothek selbst, sondern nur der Vormerkung verlangt. Diese ist nach § 883 Abs. 1 Satz 2 auch wegen eines künftigen oder eines bedingten Anspruches zulässig; folglich kann schon nach Abschluß des Vertrages, erst recht nach Beginn der Arbeiten, in diesem Fall event. neben der jetzt nach Nr. 5 a. E. zu beanspruchenden Teilhypothek, eine Vormerkung wegen der gesamten demnächstigen Ansprüche erwirkt werden.

7. Daß die Bestimmung **zwingendes Recht** sei, ist **nicht** anzunehmen, wenn eine solche Gestaltung auch durchaus zweckmäßig erscheint.

8. Kann der Anspruch auf die Hypothek **durch Sicherheitsleistung abgewendet** werden? Dagegen — allerdings in einem Fall, wo bereits die Vormerkung erwirkt war — RG. bei Seuffert 59 Nr. 78 S. 141, dafür aber unter Aufhebung dieser Entscheidung RG. das. Nr. 182 S. 323 (Entsch. 55 Nr. 35 S. 141), falls die Sicherheitsleistung den Sinn einer Hinterlegung zwecks Befreiung von der — etwa noch nicht sicher festgestellten — Schuld bezweckt. Das dürfte in der Tat zutreffen; soweit die Voraussetzungen der Hinterlegung gegeben sind, vernichtet diese entweder den Anspruch des Unternehmers oder bewirkt doch eine Einrede gegen ihn. Das muß auch eine entsprechende Einwirkung auf das Recht aus § 648 ausüben, und es kann schwerlich einen Unterschied begründen, daß der so affizierte Anspruch bereits durch Vormerkung dinglich gesichert war. Anders allerdings, wenn die Hypothek selbst schon eingetragen war.

9. Wegen der Anwendbarkeit auf den **Dienstvertrag** s. Bem. 6 zu § 647.

10. § 648 ist offensichtlich anwendbar erst für die Zeit nach Einführung des Grundbuchs, vorbehaltlich besonderer Anordnungen des Landesrechts für die Zwischenzeit.

§ 649.

Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muß sich jedoch

dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

E. I 578, E. II 584, RB. 639. — Mot. S. 502—6, Prot. II S. 335—6.

1. **Allgemeines**: Daß der Besteller den Werkvertrag, vorbehaltlich der Leistung der versprochenen Vergütung, jederzeit kündigen könne, ist aus der Erwägung heraus, daß die Ausführung des Werkes eine Pflicht, kein Recht des Unternehmers sei, schon bisher vielfach vertreten worden. Die herrschende Lehre des GR. hat freilich eine solche Kündigungsbefugnis demungeachtet verneint, ebensowenig galt sie für das Landrecht, da nach § 412 das. I, 5 das für Verträge über Handlungen gegebene Rücktrittsrecht des § 408 dieses Titels auf den Werkvertrag nicht anwendbar war, s. Dernburg, Privatrecht II § 199 No. 18, Entsch. d. ROHG. 11 Nr. 51 S. 158. Anerkannt ist indes das Kündigungsrecht im Code Art. 1794 und im SächsGB. § 1252.

Im BGB. ist das freie Kündigungsrecht nunmehr allgemein für den Werkvertrag bis zur Vollendung des Werkes — denn das vollendete muß der Besteller nach § 640 abnehmen — ausgesprochen. Jedoch beseitigt die Kündigung im Sinne des § 649 nicht das ganze Vertragsverhältnis, sondern nur die eine Seite desselben. Die Pflicht des Bestellers zur Lohnzahlung bleibt bestehen, d. h. als Vertrags-, nicht etwa nur, wie zum Teil in den erwähnten neueren Gesetzbüchern, als Entschädigungsanspruch. Daß das ein vertragsmäßiger Lohnanspruch sei, darüber s. näheres bei Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 38ff., auch Kisch, Unmöglichkeit S. 83 Anm. 4; dafür ferner OLG. Celle in Rspr. VII S. 480. Anders teilweise Lotmar, Arbeitsvertrag S. 148/9. Aber auch er gibt zu, daß der Anspruch praktisch im wesentlichen im Sinne eines Anspruches auf Entgelt behandelt werde, besonders in den Punkten der Fälligkeit, der Forthaftung von Pfändern und Bürgen. Gegen Lotmar spricht der unzweideutig auf einen Vertragsanspruch hinweisende Wortlaut: „vereinbarte Vergütung", ferner die Erwägung, daß ebenso wie nach §§ 324 und 615, aber anders als bei dem wirklich als Entschädigung gestellten Anspruch aus § 642 (s. Bem. 2 dazu), nicht aller zu machende, sondern nur der geradezu böswillig unterlassene Erwerb zur Anrechnung gelangt. Das wäre bei einem Entschädigungsanspruch gegenüber der nach § 254 zu berücksichtigenden mitwirkenden Kausalität des Beschädigten schwer verständlich. (Gegen Lotmar neuestens auch Rümelin S. 291.

Allerdings wirkt die Kündigung auch auf die Pflichten des Bestellers insofern ein, als die Pflicht zur Abnahme des Werkes, weil gegenstandslos, nunmehr wegfällt. Außerdem muß sich der Unternehmer zur Vermeidung einer ungerechtfertigten Bereicherung das vom Lohne abziehen lassen, was er infolge der Beseitigung seiner Vertragspflicht an Aufwendungen erspart oder durch anderweite Verwendung seiner nunmehr frei gewordenen Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

Die Behandlung ist also genau der des Falles gleich, wenn bei einem zweiseitigen Vertrage die dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines vom andern zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, § 324, s. Bem. dazu, namentlich auch wegen der Einzelgestaltung der Anrechnungspflicht. Den Konstruktionsversuch der Aufl. 1, wonach die Kündigung mit der Wirkung eines vom Besteller zu vertretenden Umstandes eine (fingierte) Unmöglichkeit der Leistung des Unternehmers herbeiführt, gebe ich als verkünstelt und unnötig nunmehr auf (s. dagegen Kisch bei Grünhut 28 261).

2. Über den **Begriff der Kündigung** vgl. die §§ 130 und 564 und das dazu Gesagte.

3. Die Bestimmung des § 649 ist natürlich **dispositiv** und greift insbesondere in den Fällen nicht durch, wo nach dem Wortlaut oder Sinn des Vertrages der Unternehmer ein Anrecht auf die entsprechende Beschäftigung hat, s. Bem. 5 zu § 640.

4. Kommen die Sätze des § 649 auch **bei bloßem Annahmeverzug des Bestellers** zur Anwendung? S. dazu Kohler, ArchBürgR. 13 251ff. Im allgemeinen nicht, da dadurch der Unternehmer, vorbehaltlich seiner Rechte aus §§ 642—3, seiner Pflichten aus dem Vertrage nicht ledig wird. Jedoch kann der Fall so liegen, daß ihm eine Nachleistung unmöglich wird oder nicht mehr füglich zuzumuten ist (s. Vorbem. 3 vor § 275). So z. B. wenn der Unternehmer sich zu einer mehreren Personen gegenüber nur einmal und gleichzeitig auszuführenden Leistung („Massenleistung") verpflichtet hat, und nun der eine oder andere Berechtigte die Teilnahme versäumt

(Theater, Schiffahrt). Alsdann ist infolge des Annahmeverzuges eine Unmöglichkeit der Leistung eingetreten, deren Folgen sich nach § 324 bestimmen, s. Bem. dazu.

5. Daß der Besteller im Wege des § 649, wie die Herstellung des ganzen Werkes, so auch die **eines bloßen Teiles** ablehnen kann, liegt auf der Hand. Anders nur, wenn es nicht „ohne Kränkung anderer Interessen möglich ist, die Tätigkeit nach Beginn zu unterbrechen", Kohler aaO. S. 169.

Mit Recht macht Kohler auch darauf aufmerksam, daß die Satzung des § 649 weniger ein Sonderrecht, als vielmehr Ausfluß allgemeiner Prinzipien sei. Man wird sie auch auf andere Verträge im Wege der Analogie sinngemäß anwenden können, insbesondere wohl auf den Dienstvertrag, s. darüber genauer Rümelin S. 288 ff.

6. Über **die Beendigung des Werkvertrages** enthält das BGB. keine weiteren Bestimmungen; es kommen also lediglich die allgemeinen Gründe in Betracht. Das gilt insbesondere vom **Tode** der einen oder andern Partei (s. wegen der Behandlung im bisherigen Recht Mot. S. 504). Es ist deswegen auf das vor § 362 Nr. 2b Gesagte zu verweisen, s. auch die Bem. zu § 620 Nr. 3, die allerdings hier nur mit Vorsicht zu verwenden sind.

Riezler S. 158 läßt freilich den Vertrag mit dem Tode des Unternehmers im Zweifel aufgehoben werden. Das dürfte aber zu weit gehen. Wenigstens im gewerblichen Leben ist eher für das Gegenteil zu vermuten, insoweit der Unternehmer hier gewöhnlich nicht als Person, sondern als Gewerbetreibender kontrahiert. Alsdann erscheint seine Unternehmerpflicht mit dem gesamten Gewerbebetrieb im Zweifel als vererblich; für eine Unvererblichkeit spricht insofern weder der Gesichtspunkt einer alsdann unerfindlichen Unmöglichkeit der Leistung noch der vermutliche Parteiwille. Anders allerdings meist bei wissenschaftlichen und künstlerischen Werken. Ähnlich Kober-Staudinger Ib, Mot. S. 505.

Der Tod des Bestellers wird das Vertragsverhältnis vollends nur ausnahmsweise vernichten. Auch der Umstand, daß das Werk zum ausschließlichen persönlichen Gebrauche des Bestellers zu dienen bestimmt ist, läßt sich nicht, wie Riezler S. 158 (zustimmend Kober-Staudinger Nr. Ic) will, ohne weiteres als Beendigungsgrund hinstellen. Das ist nur dann richtig, wenn mit dem Besteller das körperliche Substrat des Werkes untergeht, übrigens bloß bei einem erweislichen oder zu vermutenden Parteiwillen. Aber daß dieser sich nicht ohne weiteres in den von Riezler erwähnten Fällen unterstellen läßt, scheint mir zweifellos; man kann in eine Vereinbarung nicht ohne weiteres einen Sinn hineintragen, der den schutzwürdigen Interessen und Zwecken des einen Teiles mindestens ebensosehr zuwider ist, wie er denen des andern entgegenkommt. Eine solche Anrufung des vermutlichen Willens könnte nur aus den objektiven Vertragszwecken argumentieren, nicht aus einseitigen, subjektiven Parteizwecken.

Wegen Kündigung im Konkurse s. KO. §§ 17, 26, 27.

§ 650.

Ist dem Vertrag ein Kostenanschlag zu Grunde gelegt worden, ohne daß der Unternehmer die Gewähr für die Richtigkeit des Anschlags übernommen hat, und ergibt sich, daß das Werk nicht ohne eine wesentliche Überschreitung des Anschlags ausführbar ist, so steht dem Unternehmer, wenn der Besteller den Vertrag aus diesem Grunde kündigt, nur der im § 645 Abs. 1 bestimmte Anspruch zu.

Ist eine solche Überschreitung des Anschlags zu erwarten, so hat der Unternehmer dem Besteller unverzüglich Anzeige zu machen.

E. II 585, RB. 640. — Prot. II S. 335—6.

Literatur: Michels, Recht 04 133 ff.

1. Ein Rücktrittsrecht des Bestellers wegen wesentlicher **Überschreitung des Kostenanschlages** war schon dem Gemeinen Recht bekannt, s. l. 60 § 4 D. 19,2, Windscheid § 402 No. 10. Auch für das Landrecht wurde es trotz Fehlens besonderer Bestimmungen vielfach angenommen, so von Dernburg, Privatrecht II § 199 No. 21 und von Förster-Eccius II § 138 No. 102, s. auch SächsGB. § 1253, Mot. S. 503.

Für das BGB. würde sich das Rücktrittsrecht an sich schon aus § 649 ergeben; eine Sonderbestimmung ist nur noch in der Richtung erforderlich, um die nach § 649 dem Besteller verbleibenden Vertragspflichten zu beschränken. In dieser Richtung bestimmt der erst in zweiter Lesung eingefügte § 650, daß der Unternehmer, falls der Besteller aus dem Grunde einer wesentlichen Überschreitung des zu Grunde gelegten Kostenanschlages kündigt, nur einen teilweisen Lohnanspruch nach Art des in § 645 Abs. 1 festgesetzten behält. Er kann also nur einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil des Lohnes nebst Vergütung der Auslagen verlangen, s. wegen der Einzelgestaltung Bem. 2 zu § 645.

Erforderlich ist dazu:

a) **eine wesentliche Überschreitung des Anschlages**; wann sie vorliegt, ist Tatfrage, eine solche um das Dreifache, wie im Fall des l. 60 cit., wird natürlich nicht verlangt.

b) die Kündigung muß **aus diesem Grunde** erfolgt sein; ist sie einmal nach § 649 vollzogen, so kann der Besteller sich gegenüber der Klage des Unternehmers auf Lohnzahlung nicht noch nachträglich auf § 650 berufen.

Diese Voraussetzungen muß der Besteller nach allgemeinen Grundsätzen **beweisen.**

c) Dagegen wird **nicht erfordert:**

α) daß gerade der Unternehmer den „Anschlag" angefertigt hat.

β) eine bereits vorhandene Überschreitung des Anschlages; es genügt, wenn feststeht, daß sie erfolgen werde.

γ) ein Verschulden des Werkmeisters; auch bei eintretender unvorhersehbarer Steigerung der Arbeitslöhne oder Preissteigerung der Materialien ist das Kündigungsrecht gegeben.

Trifft den Unternehmer ein Verschulden, so haftet er weiter nach §§ 276 ff., 325 auf vollen Schadensersatz.

2. Zwecks Ausübung des Kündigungsrechtes hat nach **Abs. 2** der Unternehmer dem Besteller **„unverzüglich"** — d. h. ohne schuldhaftes Zögern, s. § 121 und Bem. dazu — **die Anzeige** von der zu erwartenden Ueberschreitung des Anschlages zu machen. Die Anzeige ist eine einseitige, empfangsbedürftige — wennschon kaum eigentlich rechtsgeschäftliche — Erklärung im Sinne des § 130 ff.; ihre Unterlassung macht den Unternehmer nach allgemeinen Grundsätzen ersatzpflichtig.

3. Natürlich kann **der Kostenanschlag auch die weitergehende Bedeutung** haben, daß er die Kosten nach oben und unten hin rechtsverbindlich abgrenzt. Alsdann muß schlechthin nur und gerade der fragliche Lohn gezahlt werden, Cosack § 148, III, 2b, Enneccerus S. 689, der das als „häufig" bezeichnet. Noch weitergehend meint Rümelin S. 155, 300, daß nur in diesem Fall einer Arbeitsleistung unter Kostenanschlag Werkvertrag vorliegen könne; dagegen in allen nach § 650 unterstellten Verträgen mit unverbindlichem Kostenanschlag seien stets nur Dienstverträge zu erblicken (sogen. „Hamburger System"). Denn der Architekt oder sonstige Werkmeister kontrahiere dabei als direkter Vertreter des Bauherrn, nur dieser trage die Gefahren. Dem wird man in der Tat für die meisten derartigen Fälle — ob für alle, darüber muß ich mir mein Urteil noch vorbehalten — zustimmen; § 650, weit entfernt, auf den Werkvertrag allein anwendbar zu sein, findet somit sein sei es alleiniges, sei es doch vorwiegendes Anwendungsgebiet statt dessen gerade beim Dienstvertrag.

In den zu 3 gehörigen Fällen muß andererseits natürlich der volle vereinbarte Lohn auch dann gezahlt werden, wenn der Unternehmer wegen Sinkens der Löhne oder Preise das Werk wohlfeiler herstellt, als veranschlagt war. Anders aber, wenn die Ersparnis eine Folge der Verwendung billigerer als der in Aussicht genommenen Stoffe ist; alsdann kann der Unternehmer sich insoweit nicht auf die Ansätze im Anschlag berufen, es sei denn allenfalls, daß der Bauherr die nachherige Verwendung des billigen Materials ohne Monitur wegen der anschlagmäßigen Ansätze genehmigt hat. So mit Recht OLG. Marienwerder bei Seuffert 55 Nr. 200 S. 396.

§ 651.

Verpflichtet sich der Unternehmer, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, so hat er dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Auf einen solchen Vertrag finden die Vorschriften über

den Kauf Anwendung; ist eine nicht vertretbare Sache herzustellen, so treten an die Stelle des § 433, des § 446 Abs. 1 Satz 1 und der §§ 447, 459, 460, 462 bis 464, 477 bis 479 die Vorschriften über den Werkvertrag mit Ausnahme der §§ 647, 648.

Verpflichtet sich der Unternehmer nur zur Beschaffung von Zutaten oder sonstigen Nebensachen, so finden ausschließlich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung.

E. I 568, E. II 586, RV. 641. — Mot. S. 474—8, Prot. II S. 337—42, D. S. 126—7.

Literatur: Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag, 1899, Riezler S. 53ff., Rud. Henle, Grenzbestimmung zwischen Kauf und Werkvertrag, 1902 (vorwiegend gemeinrechtlich), Wittich bei Gruchot 49 276ff.

1. **Bisheriges Recht:** Die Quellen des Römischen Rechts entschieden deutlich, daß die Übernahme der Herstellung einer Sache nicht locatio conductio operis, sondern Kauf sei, wenn der Arbeiter Eigentümer des Materials oder doch des wesentlichsten Teiles davon — als welcher bei Bauten immer das Grundstück erscheint, nach dem Satze „superficies solo cedit“ — ist, s. ll. 20,65 D. 18,1; l. 2 § 1 D. 19,2. Der vereinzelt dagegen erhobene Widerspruch (neuestens bei Krückmann, Zur Reform des Kaufrechts, S. 96) ist durchaus unhaltbar. Dem Römischen Recht folgte das SächsGB. § 1244, während das Landrecht (I, 11, §§ 925ff., 956ff., 973ff.) auch in solchen Fällen einen Werkvertrag annahm, es sei denn, daß dabei persönliche Herstellung des Werkes durch den Lieferanten nicht erfordert werde, s. Dernburg, Privatrecht II § 134 No. 5—6, und die Stellung des Code Art. 1711, 1787 zweideutig war, s. die Angaben der Mot. S. 474, wo besonders auf die der Kauftheorie günstige Praxis des ROHG. hingewiesen wird.

2. **Standpunkt des BGB.:** Das neue Recht hat die Frage nicht wissenschaftlich entschieden, sondern nur bestimmt — dies in wesentlicher Übereinstimmung mit dem HGB. Art. 338 — daß der Unternehmer dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen hat, daß aber auch sonst auf solche Verträge **die Regeln über den Kauf Anwendung finden** sollen, d. h. natürlich über den Gattungskauf (§ 480). Dies indes **nicht ausnahmslos**:

a) wenn die vom Unternehmer zu liefernden Materialien nur **Zutaten oder sonstige Nebensachen** betreffen, sollen allgemein die Regeln des Werkvertrages Anwendung finden. Was darunter zu verstehen, ist Tatfrage, s. insbesondere wegen der „Nebensachen“ § 470 und Bem. dazu, auch § 947. Zweifelhaft ist aber die allgemeine Frage, wozu der vom Werkmeister gelieferte Stoff, um den Vertrag als reinen Werkvertrag erscheinen zu lassen, nur als Zutat usw. zu erscheinen habe.

α) Die meisten vergleichen die Sache, an der die Arbeiten anzubringen sind (das Arbeitsubstrat), mit dem, was der Arbeiter angefügt hat. Möglich sind aber daneben noch zwei andere Ansichten:

β) Man vergleicht den vom Arbeiter zu liefernden Stoff mit seiner gesamten Arbeitsleistung — nicht dem Arbeitssubstrat — und nimmt reinen Werkvertrag dann an, wenn der Stoff im Verhältnis zur Arbeit nur als „Zutat“ oder „Nebensache“ erscheint.

γ) Möglich wäre endlich, und ist neuerdings in der Tat von Riezler S. 63ff., sowie nachdrücklich von Lotmar S. 213 aufgestellt worden, noch eine dritte Ansicht. Danach kommt es zwar auf das Wertverhältnis des vom Arbeiter gelieferten Stoffes zum Arbeitssubstrat an, aber nicht zu dem bereits vorhandenen, sondern nur zu dem durch die Arbeit erst hinzuzufügenden Material. Es ist entscheidend, ob der Arbeiter den gerade zu seinem besonderen Arbeitseffekt neu zu verwendenden Stoff (z. B. Pappe, Leder, Glanzpapier zum Bucheinband), hauptsächlich oder nur nebensächlich geliefert hat.

Es ist klar, daß bei der ersten Auffassung zahlreiche Fälle unter den reinen Werkvertrag zu rechnen sind, die nach der zweiten oder gar der dritten nicht darunter fallen.

Man kann Lotmar zugeben, daß die als Vorbild angerufenen römischen Stellen die gewöhnliche Ansicht nicht sicher stützen, daß auch der Wortlaut des § 651 zweideutig ist. Abs. 1 in Vergleich mit Abs. 2 scheint die Annahme nahe zu legen, daß es darauf ankomme, ob der zu der Arbeit nötige Stoff hauptsächlich vom Arbeiter oder vom Besteller zu liefern sei. Aber nötig ist diese Auslegung nicht; es ist nicht minder statthaft, den Abs. 2 dahin zu verstehen, daß es sich um Zutaten oder Nebensachen im Verhältnis zu dem gesamten Arbeitssubstrat (z. B. dem zu bindenden Buche, dem auszubessernden Anzug) handle. Jedenfalls ist diese Auslegung auch sprachlich näherliegend als die oben geschilderte zweite, wonach es darauf ankommt, ob der vom Unternehmer gelieferte Stoff im Verhältnis zu seiner Arbeitsleistung nebensächlich ist — denn das Wort „Nebensache“ kann doch nur zur „Hauptsache“, nicht zur Arbeit im Gegensatz stehen — während gegenüber der dritten Ansicht (Wertverhältnis unter den Teilen des in das Arbeitssubstrat neu hineinzuverwendenden Stoffes) der Wortlaut neutral erscheint.

Scheidet somit die mittlere Ansicht aus, so kann die Entscheidung zwischen der ersten und dritten aus inneren Gründen nicht schwer fallen. Die letztere ist einmal unpraktikabel: denn während es meist leicht sein wird, festzustellen, ob das vorhandene Arbeitssubstrat oder der ihm zugefügte Stoff die Hauptsache sei, würde es bisweilen äußerst schwierig sein, unter den mehreren bei der Arbeit neu verwendeten Stoffen eine derartige Abwertung vorzunehmen. Sind z. B. beim Bucheinband der Rücken oder die Pappschalen als Hauptsachen anzusehen? Ferner böte die Gegenansicht Ergebnisse, die Lotmar selbst wiederholt als „seltsam“ bezeichnet: der Bauhandwerker würde des ohnedies mageren Schutzes aus § 648 unteilhaftig, wenn er, wie in aller Regel, den in den Bau zu investierenden Stoff vorwiegend selbst geliefert hat. Überhaupt würde die Gegenmeinung eine klaffende Lücke lassen zwischen dem Werkvertrag, dessen Gebiet sie bedenklich einengt, und dem Kauf, dessen Regeln — Besitz- und Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers — auf solche Fälle gar nicht recht passen, wo das Arbeitsergebnis als bloße Nebensache zu einem schon anderweit vorhandenen Arbeitssubstrat rechtlich ohne weiteres dessen Schicksal teilt (s. §§ 946, 947 Abs. 2).

Somit muß es bei der üblichen, meist allerdings ohne jede nähere Prüfung vorgetragenen, Auffassung sein Bewenden behalten. „Zutaten“ des Unternehmers werden danach fast ausnahmslos in Frage stehen bei bloßen Reparaturen; ferner sind „Zutaten“ bei Herstellung von Kleidungsstücken: Futter, Knöpfe und Besatz, auch wohl dann, wenn ihr Wert insgesamt nicht hinter dem des Stoffes zurückbleibt. Bei Bauwerken ist der Grund und Boden wenigstens dann als Hauptsache anzusehen, wenn das Bauwerk „wesentlicher Bestandteil“ des Bodens wird, §§ 94—5, 946. So auch l. 20 D. 18,1 cit. Ebenso OLG. Braunschweig vom 17. V. 1901, BraunschwZ. 51 65 (für den Fall der Übernahme von Tischlerarbeiten für einen Neubau), ferner Enneccerus S. 690; Emerich S. 6. Wenn jener den Vertrag der Bauunternehmer danach immer als Werkvertrag bezeichnet, so geht das freilich insofern zu weit, als möglicherweise das Bauwerk auf einem dem Unternehmer gehörigen und erst hernach dem Besteller zu übereignenden Grundstück errichtet wird: das ist Kauf, nicht Werkvertrag. Verträge über Lieferung von Maschinen haben danach den Charakter von Werkverträgen, wenn sie gerade einem bestimmten Raum angepaßt werden sollen und dadurch den Charakter von Nebensachen dieser Lokalität erhalten, RG. 22 II, 1904, Recht 04 166.

Auch die vom Arzt oder Zahnarzt gelieferten Medikamente, Füllungsmassen zum Zahnplombieren werden meist hierhin gehören. Nicht aber auch künstliche Gliedmaßen und Gebisse. Hat umgekehrt der Besteller Zutaten zu liefern, der Unternehmer die Hauptsache, so behält es bei der Hauptregel des § 651 sein Bewenden.

Bisher war nur von Zutaten bei materiellen Werken die Rede. Können aber nicht auch solche bei übrigens immateriellen vorkommen? Z. B. der Spediteur liefert Kisten zum Bücher- und Möbeltransport; der Gelehrte das Papier, auf dem das geforderte Gutachten geschrieben wird. M. E. liegt nicht das mindeste Bedenken dagegen vor, den Abs. 2 hier, wennschon vielleicht nicht wörtlich, so doch entsprechend anzuwenden. Zwar keine „Nebensachen“, aber doch „Zutaten“ zu einer im übrigen immateriellen Arbeitsleistung sind alsdann vom Unternehmer geliefert. So auch Riezler S. 64, anders Lotmar S. 180, der aber aus anderen Gründen die genannten Fälle schließlich

ebenso entscheidet: die Schrift ist ihm nur das äußere Mittel zur Herbeiführung des Geschäftszweckes und daher für den Geschäftstypus unmaßgeblich.

b) in dem Fall der Herstellung einer **nicht vertretbaren** Sache, z. B. eines Gemäldes, Bildhauerwerkes, eines Anzuges nach Maß, eines Bauwerkes, das nicht schon unter lit. a fällt, eines besonders kunstvollen und kostbaren Möbels, behält es zwar zunächst bei den Vorschriften über den Kauf sein Bewenden, aber durch Abs. 1 Satz 2 werden die dort aufgeführten Kaufregeln, also die über den Gefahrübergang (§ 446), über Mängel (§§ 459 ff.), über Verjährung des Wandelungs- und Minderungsanspruchs (§§ 477 ff.) für unanwendbar erklärt und durch die Regeln des Werkvertrages ersetzt. Die übrigen Paragraphen des Kaufrechtes bleiben auch hier in Geltung, und umgekehrt wird den vom Pfandrecht handelnden §§ 647—8 die Anwendung versagt. Der Grund für letzteren Satz liegt darin, daß es sich hier vorläufig um eigene Sachen des Unternehmers handelt, bei denen für ein Pfandrecht desselben weder Raum noch Bedürfnis ist.

Die Verschaffungspflicht des Unternehmers bleibt, das ergibt der Sinn des Paragraphen und der allgemein redende Wortlaut des Satzes 1, auch in den Fällen a—b bestehen, sei es wegen der zu beschaffenden Zutaten, — die übrigens in der Regel schon nach §§ 93—4, 946—7 dem Besteller zufallen werden, und zwar, da sein Erwerb nicht sine causa erfolgt ist, ohne daß dem früheren Eigentümer der Erstattungsanspruch aus § 951 zustände, unrichtig daher Planck Nr. 6 — sei es wegen der herzustellenden nicht vertretbaren Sache. Die Nichtanwendbarkeit des § 433 in letzterem Fall erklärt sich daraus, daß er teils durch den Satz 1 gedeckt, teils, weil wegen der Herstellungspflicht des Unternehmers hier nicht weitgehend genug, durch die passendere Bestimmung des § 631 ersetzt wird; nicht daraus, daß hier die Verschaffungspflicht abgelehnt werden soll. S. auch Hachenburg S. 70.

Die unterscheidende Behandlung der nicht vertretbaren Sachen erscheint innerlich dadurch gerechtfertigt, daß die Arbeit hier in der Regel viel bedeutsamer, für das Wertverhältnis gegenüber dem Rohstoff bestimmender hervortritt, als bei Herstellung einer Dutzendware. Es würde aller unbefangenen Anschauung widerstreiten, den Maler als Verkäufer zu erachten. S. auch Emerich S. 9, 28; skeptisch gegen den Unterschied Henle S. 61—4.

c) **Reiner Werkvertrag** liegt umgekehrt vor, wenn der Unternehmer nur mit Material des Bestellers arbeitet. Diesem Charakter des Vertrages geschieht selbst dann kein Abbruch, wenn ihm gestattet wird, statt des übergebenen Materials anderes, eigenes zu verwenden, s. Enneccerus S. 690—1. Denn das ist so zu konstruieren, daß dem Unternehmer der Umtausch des Materials erlaubt wird, und er dann an dem tauschweise mittelst constitutum possessorium in das Eigentum des Bestellers übergeführten Material das Werk herstellt.

3. **Die wissenschaftliche Frage nach dem Wesen des Vertrages** ist mit dem Gesagten natürlich noch nicht gelöst. Man wird in den Fällen Nr. 2a, wo die Stofflieferung nur nebensächliche Dinge betrifft, an einem reinen Werkvertrag, allenfalls, aber wohl kaum nötig, unter Beifügung eines pactum adiectum, festzuhalten haben. In den Fällen 2b finden weder die Regeln des Kaufes noch des Werkvertrages durchweg Anwendung; alsdann noch von einem modifizierten Kauf oder modifizierten Werkvertrag zu sprechen, wäre wenig förderlich, ganz abgesehen von der Schwierigkeit, ob man sich nach dieser oder jener Seite entscheiden soll. Besser ist es m. E., einen besonderen, in der Mitte zwischen beiden Grundtypen liegenden Werklieferungsvertrag anzunehmen, so auch laut Überschrift zu § 651 Fischer-Henle; ferner Emerich; Riezler S. 68; Henle S. 56; Kober-Staudinger a. A., überhaupt die allgemeine Meinung.

Dagegen ist es bedenklich, in diese Gruppe — so meine Aufl. 1 und Staudinger IV 1 — auch die Verträge über Herstellung einer vertretbaren Sache zu stellen. Hier überwiegt vielmehr, wie Emerich zutreffend darlegt, der Kaufcharakter; die herzustellende Sache ist, weil vertretbar, minder eng mit den individuellen Besonderheiten des Vertrages verknüpft; als Hauptpflicht erscheint die Verschaffung der Sache, und die Herstellungspflicht ist wesentlich nur Mittel zum Zweck, steht zu jener Pflicht in einem den Geschäftstypus nicht entscheidend beeinflussenden Abhängigkeitsverhältnis, Emerich S. 9, 28, im Ergebnis ähnlich auch Henle S. 47 ff., 68 (beachtenswert). Praktisch jedenfalls regelt sich nach der ausdrücklichen Vorschrift des BGB. das Geschäft nach den Kaufgrundsätzen.

Allerdings weist dieser Kauf einer herzustellenden Sache dem gewöhnlichen Kauf gegenüber begriffliche, aber auch gewisse praktische Eigentümlichkeiten auf. Der „Verkäufer" muß insbesondere die Sache herstellen, und wenn zur Herstellung eine Handlung des „Käufers" notwendig ist, wird man mit Planck wohl die Regeln des Werkvertrages (§§ 642—3, 645) für entsprechend anwendbar erachten, da die lediglich Anwendung der allgemeinen Regeln kein befriedigendes Ergebnis gewährleistet, und bei der offenbaren Gleichheit des Grundes der Weg einer analogen Anwendung offensteht. So auch Riezler S. 67.

Insofern scheint es angebracht, diese Abart des Kaufes mit Emerich als **„Lieferungsvertrag"** zu bezeichnen.

Durchaus ein gewöhnlicher, nicht unter § 651 gehöriger Kauf liegt dagegen vor, wenn der eine Teil sich **wesentlich nur zur Lieferung einer Sache** verpflichtet und bloß als einen nebensächlichen Bestandteil seiner Vertragspflicht die Vornahme gewisser Manipulationen verspricht. Z. B. ich erstehe ein Buch vom Antiquar, mit der Maßgabe, daß dieser es zunächst von Flecken zu reinigen oder neu binden zu lassen hat. Hier kann man von Herstellung des Werkes nicht als von einem tonangebenden Vertragsbestandteil reden, die Werkleistung ist nicht einmal, wie beim Lieferungsvertrag, notwendiges Mittel zur Erreichung des Hauptzweckes, sondern nur Nebenzweck.

Dasselbe scheint mir bei dem sogen. **„Kauf mit Spezifikation"** der Fall zu sein, s. dazu oben Bem. 1b zu § 315. Der Umstand, daß der Lieferant die auszuwählenden Dimensionen oder Formen möglicherweise erst herzustellen hat, gibt dem Geschäft in keiner Weise die Grundfärbung; dasselbe bleibt Kauf, und seine Eigentümlichkeiten bestehen nur darin, daß die nähere Individualisierung des Kaufobjektes noch vorbehalten ist. A. A. Planck Nr 2b.

4. Daß der § 651 **dispositives Recht** enthält, und es den Parteien unbenommen bleibt, sich auch im Falle des Werklieferungsvertrages den Regeln des reinen Werkvertrages zu unterwerfen, ist zweifellos, wenn auch der das besonders aussprechende Passus des ersten Entwurfes gestrichen ist; ebenso können sie eine vertretbare Sache durch Abrede für nicht vertretbar erklären und dadurch wenigstens die Wirkungen zu 2b herbeiführen. In einem Falle ist ohne weitere Abrede eine Behandlung des Vertrags als Kauf trotz Vertretbarkeit der herzustellenden Sache untunlich, weil die Regeln des Kaufes und die Verschaffungspflicht dafür gar nicht passen: wenn der Besteller das aus dem Stoffe des Unternehmers herzustellende Werk gar nicht zu Eigentum, sondern nur zur Benutzung erhalten soll, s. die Entsch. d. RGZ. Bd. 13 Nr. 49 S. 211. Dazu auch Riezler S. 52; Lotmar S. 206, von denen jener das Geschäft als ein als Kauf zu beurteilendes Lieferungsgeschäft erklärt, dieser als einen mit der Sachmiete kumulierten, auf selbständige Leistung gerichteten Arbeitsvertrag. Dieser Annahme dürfte für den reichsgerichtlichen Fall beizutreten sein, da in der Tat beide Zwecke: Errichtung sowie demnächstige Niederreißung des Zirkus und Überlassung seines Gebrauches, dabei in einer gewissen Selbständigkeit nebeneinander standen. Das RG. nahm (für Gemeines Recht) Werkvertrag an, ebenso meine Aufl. 1.

Achter Titel.

Mäklervertrag.

Vorbemerkung.

Literatur: Riesenfeld in Gruchots Beitr. **36** 790ff., **37** 27ff., 257ff., 530ff., 814ff.; Reuling, Die Provisionsansprüche der Grundstücksvermittler, das. **40** 193ff. (auch als Sonderabdruck); Burchard in den Verhandlungen des 24. Deutschen

Juristentages 2 235ff.; Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 141ff.; Siber, Rechtszwang S. 18ff.; Staub, Exkurs zu HGB. § 102, S. 322ff.; Leyser, Vergleich zwischen Werk- und Mäklervertrag, Diss Erlangen 1903. Vorwiegend Mitteilungen aus der landrechtlichen Praxis enthält der Aufsatz von Neubauer im ArchBürgR. 6 1ff.

1. **Allgemeines; bisheriges Recht:** Das Institut der Mäkler spielt im modernen Leben eine sehr große Rolle; man versteht darunter Leute, die in der Regel gewerbsmäßig für andere entgeltlich Geschäfte vermitteln, ohne zu ihnen in einer dauernden Rechtsbeziehung (als Handlungsgehilfen oder Agenten) zu stehen. Sie haben ihre Hauptbedeutung im Handelsverkehr, und die Verhältnisse der Handelsmäkler sind denn auch im HGB. (§§ 93–104) ausgiebig behandelt. Darüber hinaus war die rechtliche Regelung des Mäklervertrages bislang eine sehr verschiedenartige und wenig befriedigende.

Im Römischen Recht war ein selbständiger, klagbarer Vertrag dieser Art überhaupt nicht anerkannt; der Mäklerlohn („proxeneticum") erschien als „sordidum" und konnte nur extra ordinem eingeklagt werden. Im GR. stand zwar der Einklagung nichts im Wege, man stritt aber über Wesen und Bedeutung, indem die meisten im Mäklervertrag nichts besonderes, sondern nur eine besondere Art, sei es des Mandats, der Dienstmiete oder des Werkvertrages sahen, während andere darin einen selbständigen (Innominat-) Kontrakt erblickten, s. Riesenfeld aaO. S. 30—8. Auch das Landrecht hatte nur eine einzelne Bestimmung über den Mäklervertrag, im übrigen setzte sich der Streit fort, indem man bald einen Vertrag über Handlungen, bald einen Vollmachtsvertrag annahm.

Ausführlichere Bestimmungen enthielt das SächsGB. §§ 1254—9, aber eine bestimmte Auffassung vom Wesen des Vertrages geht auch daraus nicht hervor. Ähnliches gilt im Grunde auch von den erwähnten handelsrechtlichen Satzungen.

2. **Stellung des BGB.:** Dasselbe widmet dem Mäklervertrag einen eigenen Titel mit fünf Paragraphen, woraus von vornherein hervorzugehen scheint, daß es darin ein eigenartiges Geschäft erblickt, s. wegen des Begriffes unter Nr. 3. Schlechthin finden seine Sätze nur Anwendung auf die nicht von der Sonderregelung des HGB. betroffenen Mäkler, die „Zivilmäkler" (Riesenfeld). Für die Handelsmäkler, die gewerbemäßig für andere Personen die Vermittelung von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs übernehmen, gelten zunächst die Sätze der §§ 93ff. HGB., hinter diesen, soweit sie keine entgegenstehenden Bestimmungen enthalten, ist auch für die Handelsmäkler das Recht unseres Abschnittes maßgebend.

Das primäre Anwendungsgebiet der §§ 652ff. umfaßt danach folgende Fälle:

a) Die von **nicht gewerbemäßigen Vermittlern** abgeschlossenen Mäklerverträge.

b) Die Übernahme der Vermittelung **von anderen als den oben genannten Geschäften**, auch wenn sie durch einen Handelsmäkler erfolgt, § 93 Abs. 2 HGB. Als Beispiel dieser nicht unter das Handelsrecht fallenden Mäklerverträge führt der Paragraph die Vermittelung von Geschäften über unbewegliche Sachen an. Das muß selbst dann gelten, wenn das fragliche Geschäft an sich, etwa als Hilfsgeschäft, ein Handelsgeschäft ist; der Begriff „Vertrag über einen Gegenstand des Handelsverkehrs" deckt sich eben nicht mit dem des „Handelsgeschäftes", s. Gareis, DJZ. 97 391.

Zu den „Zivilmäklern" gehören danach namentlich die Grundstücks- und Hypotheken-, aber auch die Gesindemäkler, wegen deren übrigens der landesrechtliche Vorbehalt über das Gesindewesen in EG. Art. 95 zu beachten ist. Ferner ist nach §§ 652ff. zu beurteilen die Vermittelungstätigkeit zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages, auch eines kaufmännischen, da die Aufnahme eines Gesellschafters selbst kein Handelsgeschäft ist, OLG. Hamburg 12. II. 1901 in Rspr. II. S. 251. Wegen der Heiratsvermittler s. § 656.

3. **Begriff und Wesen:** Das BGB. wollte und konnte diese Fragen nicht unmittelbar entscheiden; es begnügt sich mit dem Satze, daß der „für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder für die Vermittelung eines Vertrages" versprochene Mäklerlohn nur geschuldet wird, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder der Vermittelung zustande kommt, § 652, s. Bem. dazu. Daher bleibt für die alten Streitfragen weiter Platz und muß auch hier darauf eingegangen werden.

a) **Ist der Mäklervertrag ein einseitig oder ein zweiseitig verpflichtender Vertrag?**

α) Nach einigen Schriftstellern liegt darin nichts als ein, durch das Zustandekommen des zu vermittelnden Vertrages bedingtes, Versprechen des Auftraggebers. So Burchard aaO. S. 289; Endemann § 176 Nr. 2 und mit besonders scharfer Ausprägung Reuling aaO., nach dem der Mäkler geradezu bloß condicionis implendae, nicht solvendi causa die Vermittelung bewirkt. Ebenso neuerdings Riezler,

Werkvertrag S. 91, Siber S. 18ff., die folgerecht den Fall, wenn der Mäkler sich zum Tätigwerden verpflichtet hat, ausscheiden und als einen (event. bedingten) Werkvertrag erachten.

β) Nach einer anderen, von Dernburg § 338, II sowie im Privatrecht II § 190 Nr. II, 1; Meisner Nr. 2; Lotmar, Arbeitsvertrag S. 283ff.; Kober-Staudinger, Vorbem. Nr. 6; Matthias S. 600; Schollmeyer S. 113, sowie vorzüglich von Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 415—8, ebenso System S. 709, vertretenen Lehre ist auch der Mäkler kontraktlich verpflichtet zur Sorgfalt, Treue und zum Tätigwerden behufs Herbeiführung des zu erzielenden Erfolges. Doch geben die meisten Schriftsteller dieser Gruppe (z. B. die beiden letztgenannten) zu, daß eine Tätigkeitspflicht des Mäklers auch ausgeschlossen werden könne. Andere lassen die Frage, ob sie vorliege oder fehle, überhaupt nur aus den Umständen des Einzelfalles beantwortet werden, so Cosack § 152 V; Enneccerus S. 692; Leske S. 269; Neumann Nr. I; Staub aaO. Anm. 2.

γ) Eine dritte Gruppe erkennt zwar die erstgenannten Pflichten des Mäklers mit der zweiten an, lehnt aber seine Tätigkeitspflicht ab, sei es allgemein, sodaß der Vertrag bei Übernahme einer solchen zum Werkvertrag werde, so Riesenfeld, S. 277, 847, sei es wenigstens für die Regel der Fälle, so Planck Nr. III; Leyser aaO. bes. S. 22.

Diese Ansicht steht im Grunde der zweiten viel näher als der ersten, indem sie an der grundsätzlichen Zweiseitigkeit des Vertrages nicht rüttelt und nur eine, allerdings besonders wichtige, Vertragspflicht des Mäklers ausgeschaltet wissen will.

Zunächst ist die Theorie des einseitigen Versprechens durchaus zu verwerfen. Ihre Unrichtigkeit zeigt sich, von anderem abgesehen, darin, daß dem Mäkler vertragsmäßig ein festes Honorar zugebilligt werden kann — oder will man ernstlich behaupten, daß das den Grundcharakter des Geschäftes ändere? (Dafür, daß das feste Lohnversprechen kein Schenk-, sondern ein Entgeltversprechen sei, auch Erkenntnis in PuchelsZ. 33 410). Ferner kann die gegnerische Ansicht nicht erklären, wieso der Mäkler zur Diskretion, Aufsuchung günstiger Bedingungen, Unterlassung von Kollusionen mit dem Gegner über das hierfür völlig unzureichende Gebiet der unerlaubten Handlungen hinaus verpflichtet ist; Pflichten, die sich doch aus der Natur des Verhältnisses ergeben und im BGB. zum Teil, s. z. B. § 654, selbst unmittelbar anerkannt sind? Nicht minder spricht gegen sie, daß das Gesetz von einem Mäklerlohn redet (s. §§ 652, 653), also in dem, was der Mäkler erhält, das Äquivalent für seine Leistungen erblickt; daß es sogar diese Leistung als eine ihm übertragene bezeichnet.

Dem Gesagten entspricht auch die Praxis. S. RG. ZS. VI vom 12. (26.) II. 1900, Seuffert 56 Nr. 24 S. 42 (für preußisches Recht), wo dargelegt wird, der Mäkler verstoße gegen die Vertragstreue, wenn er dem Abschluß des zu vermittelnden Vertrages entgegenwirke. Das Unterlassen eines derartigen Verhaltens bezeichnet das RG. als „vertragsmäßige Leistung" des Mäklers. Noch entschiedener RG. ZS. VI vom 19. IV. 1900, Seuffert 56 Nr. 73 S. 127: „dem Mäkler liegt die Pflicht zu Sorgfalt und Treue ob, zu gewissenhafter Durchführung des übernommenen Auftrages". Er hat daher die Pflicht zur Information des Auftraggebers; zu gewissenhaftem Aufschluß über die für den Vertragsschluß maßgebenden Tatsachen. Ebenso RG. bei Seuffert 56 Nr. 148 S. 265, OLG. Posen das. 57 Nr. 211 S. 394. Der Mäkler handelt ferner vertragswidrig, wenn er die ihm bekannte oder infolge Fahrlässigkeit unbekannt gebliebene schlechte ökonomische Lage der Gegenpartei dem Auftraggeber nicht mitteilt; nur zu Nachforschungen in dieser Richtung ist er nicht verpflichtet, OLG. Colmar, DJZ. 03 60.

Dagegen die Übernahme der Tätigkeitspflicht ist dem Vertrag jedenfalls nicht wesentlich (s. auch Mot. S. 511). Auch wenn nicht ausgeschlossen, dürfte sie meist tatsächlich kaum durchführbar sein wegen der Schwierigkeit des Beweises, und weil die Art und Weise der Bemühungen notwendig dem ziemlich unumschränkten Ermessen des Mäklers überlassen werden muß; übrigens gibt die Art der Lohnvereinbarung für den Mäkler im allgemeinen schon ein genügendes faktisches Zwangsmittel zum Handeln ab.

Aber sie kann zweifellos auch in diesem beschränkten Sinne ausgeschlossen sein, sei es ausdrücklich, sei es selbst stillschweigend. Das tut dem Wesen des Vertrages als eines zweiseitig verpflichtenden keinen Abbruch; der Mäkler braucht alsdann nicht zu handeln, aber wenn er handelt, muß er sein Handeln vertragsmäßig einrichten; er handelt dann in Erfüllung einer Verbindlichkeit und muß infolgedessen — was die

Theorie zu a) folgerecht bestreiten muß — für seine Gehilfen nach § 278 aufkommen. Vielleicht läßt die Pflicht des Mäklers in diesen Fällen sich am ehesten mit der Pflicht des Käufers beim Kauf auf Probe vergleichen.

Andererseits ist zu bestreiten, daß die Übernahme einer unbedingten Tätigkeitspflicht das Wesen des Vertrages ändere. Daß der Vertrag auch dann kein Werkvertrag sei, ergibt schon die Erwägung, daß immerhin die Vergütung nur unter gewissen Voraussetzungen zu zahlen ist; also etwas, was beim Werkvertrag bestenfalls nur kraft besonderer Abmachung eintritt, ohne weiteres zum Vertragstypus gehört. Man kann dagegen auch nicht die Gefahrtragung anrufen: als das vom Mäkler herzustellende „Werk" ist doch nur der Nachweis des Vertragsschlusses, nicht dieser selbst anzusehen.

Der Streit kann sich also nur darum drehen, ob im Zweifel eine Tätigkeitspflicht für übernommen zu erachten sei oder nicht. Und diese — nicht hervorragend wichtige — Frage glaube ich im Gegensatz zu Aufl. 1 allerdings nicht mehr bejahen zu dürfen. Denn man wird Bedenken tragen, Vertragspflichten weiter anzunehmen, als sie sich aus dem Wortlaut oder den Zwecken des zu beurteilenden Verhältnisses ergeben. Diese dürften aber angesichts des oben Gesagten eine Tätigkeitspflicht nicht unbedingt erfordern.

b) Andererseits ist der Mäklervertrag unter den zweiseitigen Verträgen ein eigenartiger Typus, wie ja auch das BGB. durch seine selbständige Behandlung anerkennt. Er unterscheidet sich von der Dienstmiete dadurch, daß er auf ein bestimmtes Resultat geht, nicht auf die Dienste als solche; vom Auftrag besonders durch die Entgeltlichkeit und dadurch, daß das Geschäft vom Mäkler nicht ausgeführt, sondern nur vermittelt zu werden braucht.

Näher steht er dem Werkvertrage, als dessen besondere Abzweigung man ihn zu betrachten berechtigt sein dürfte, zumal auch ein immaterielles opus jedenfalls nach BGB unter den Werkvertrag fallen kann (dies gegen Riesenfeld S. 36). Die Eigentümlichkeit des Mäklervertrages besteht wesentlich darin, daß der Mäkler als solcher ein Tätigkeitsergebnis (den Nachweis oder die Vermittelung) nie und Tätigkeit überhaupt wenigstens nicht notwendig verspricht, andererseits der Kommittent die Lohnzahlungspflicht nur als eine bedingte — bedingt sowohl durch den Nachweis wie durch den Abschluß des nachgewiesenen Geschäfts — übernimmt. Wenn sowohl das Tätigkeitsergebnis wie der Lohn dafür fest versprochen sind, verschwinden diese Unterschiede, und der Vertrag läßt sich vom Werkvertrag nicht mehr unterscheiden.

c) Das Zustandekommen des Vertrages bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln. Eine ohne Willen des Herrn übernommene Mäklertätigkeit begründet keinen Lohnanspruch. Doch kann im Abschluß des nachgewiesenen Geschäfts wenigstens dann eine verpflichtende Genehmigung gefunden werden, wenn er in Kenntnis der vom Mäkler erhobenen Provisionsansprüche geschieht, OLG. Posen Rspr. IV S. 240.

Verspricht ferner der Geschäftsherr Lohn für eine schon erfolgte Geschäftsvermittelung, so ist das weder Schenk- noch abstraktes Schuldversprechen, sondern formlos gültig, OLG. Dresden in Rspr. IX, 8. Dann jedenfalls ist der Lohn im Sinne der Parteien als Entgelt gedacht, und gegenüber dem oben hervorgehobenen Gesichtspunkte der Genehmigung lassen sich auch dogmatische konstruktionelle Bedenken dagegen nicht erheben.

4. **Die Rechte und Pflichten der Parteien** ergeben sich im wesentlichen aus dem zu Nr. 3 Bemerkten, s. wegen des einzelnen Bem. zu § 652.

5. Die §§ 651—6 behandeln **das Recht des Mäklervertrages nicht vollständig:** es fragt sich daher, wonach das Verhältnis im übrigen zu beurteilen sei? Nach der hier vertretenen Auffassung liegt es am nächsten, neben den allgemeinen Regeln der gegenseitigen Verträge die des Werkvertrages heranzuziehen, mit Ausnahme natürlich derer, die ein materielles Werk voraussetzen. Das gilt namentlich von der Beendigung des Verhältnisses durch Tod, Unmöglichkeit der Leistung usw. Zweifelhaft ist die Frage der Kündigungsbefugnis; man wird sie dem Auftraggeber schon deshalb gewähren, weil er ja auch zum Abschluß des vom Mäkler nachgewiesenen Vertrages nicht verpflichtet ist. Beim Mäkler gilt das Gleiche in den Fällen, wo ihn keine Pflicht zur Aufwendung von Bemühungen trifft; jedoch wird man ihm auch in den andern mit Planck Nr. 3 m. E. nach Analogie von § 626 aus wichtigen Gründen ein Kündigungsrecht zubilligen. S. über die Beendigung des Verhältnisses auch Riesenfeld S. 577—85; seiner Behauptung, daß der Tod und die Handlungsunfähigkeit des Mäklers eine solche mit Notwendigkeit herbeiführen (S. 578, ähnlich

Planck aaO.), kann ich nicht beipflichten, wenn es auch in vielen Fällen so sein wird. Allein man denke an große Institute, wie „Israel Schmidt Söhne", bei denen die Individualität des derzeitigen Inhabers doch stark zurücktritt!

6. S. auch die Kontroll-Bestimmungen der GewO. § 35, ferner RG. vom 22. VI. 1896, §§ 29—35.

7. Nicht besonders behandelt im BGB. und, weil dem Mäklervertrag noch am nächsten stehend, an dieser Stelle zu erwähnen ist der sogen. **Trödelvertrag**, contractus aestimatorius, den das Römische Recht und vielfach auch die modernen Gesetzbücher (namentlich Landrecht I, 11, §§ 511 ff. und SächsGB. §§ 1291 ff.) einer selbständigen Regelung gewürdigt hatten. S. dazu die Mot. S. 516 ff., Windscheid II § 383 und die Dissertationen von Lipp (1880), Friedrichs (1890), Cohn (1890), Liebert (1890) und Glum (1892). Er besteht in der Übergabe einer Sache mit der Verpflichtung, dem Geber entweder die Sache zurückzugeben oder die dabei festgesetzte Taxsumme zu zahlen, sodaß der Übernehmer sie sowohl selbst gegen diese Zahlung behalten, wie den etwa vom dritten Ersteher erzielten Mehrerlös für sich einstreichen darf. Das Eigentum verbleibt in der Zwischenzeit dem Geber, während es hernach auf Grund der in der Überlassung alternativ liegenden Verkaufsvollmacht oder Traditionsofferte auf den dritten Erwerber oder den Trödler übergeht. Den Geber trifft dabei nach Gemeinem Recht, was freilich auf Grund der zweifelhaften Quellenstellen bestritten ist, in der Regel noch die Gefahr. Eine Verpflichtung zum Tätigwerden liegt dem Trödler in der Regel nicht ob. Eine Zeitbestimmung zur Ausführung des Verkaufes oder zur Rückgabe ist dem Geschäft an sich nicht wesentlich: nur das Preußische Recht hat sie positiv beigefügt.

Das BGB. enthält sich wegen der Vielgestaltigkeit des Inhalts derartiger Abreden einer Sonderbestimmung; es ist daher für ihre Beurteilung Sinn und Tragweite des einzelnen Vertrages maßgebend. Man kann zu dem dargestellten Zweck einen der anderweit geregelten Verträge anwenden, wie Kauf, Kommissionsgeschäft, Dienst- und Werkvertrag; möglicherweise ist aber ein besonderes Geschäft beabsichtigt, für dessen Beurteilung mangels anderweiter Vertragsbestimmung auch die bisherigen Regeln des Trödelvertrages unter Umständen verwertbar sein werden.

Möglicherweise ähnelt ein derartiger Vertrag stark dem eigentlichen Mäklervertrag, besonders wenn der Vermittler den Überschuß über einen gewissen Preisansatz oder eine Quote davon als Entgelt erhalten soll. Auch mit der Gesellschaft kann sich eine innere Verwandtschaft ergeben. S. über die Abgrenzung RG. ZS. I vom 19. I. 1904, DJZ. 05 267.

8. Auch der sogen. **Agenturvertrag** ist im BGB. nicht besonders geregelt. Er spielt eine Rolle zwar nicht nur (Versicherungsagenten!), aber doch wesentlich im Handelsverkehr, und die Verhältnisse der Handlungsagenten sind im neuen HGB. §§ 84—92 besonders geregelt. Allgemein handelt vom Agenturverhältnis Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 396—411, der die Funktionen der Agenten mit Recht dadurch von denen des Mäklers unterscheidet, daß erstere ständig, der Mäkler nur im Einzelfall, für den Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder abzuschließen haben. S. auch Vorbem. 3b vor § 611.

§ 652.

Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags oder für die Vermittelung eines Vertrags einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittelung des Mäklers zustande kommt. Wird der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so kann der Mäklerlohn erst verlangt werden, wenn die Bedingung eintritt.

Aufwendungen sind dem Mäkler nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist. Dies gilt auch dann, wenn ein Vertrag nicht zustande kommt.

E. I 580, E. II 587, RB. 642. — Mot. S. 509—16, Prot. II S. 342—4.

1. **Tätigkeit und Pflichten des Mäklers:** Sie bestehen in dem Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder in der Vermittelung eines solchen. Ob das eine oder das andere gemeint sei, ergibt sich aus der besonderen Abrede. Der bloße Nachweis ist gegenüber der Vermittelung offenbar das Minus; zu ihm genügt es im allgemeinen, wenn der Mäkler dem Auftraggeber die Gelegenheit zum Vertragsschluß, die Person des künftigen Gegenkontrahenten usw. angibt — nicht aber auch, wenn er dem Kommittenten einfach erklärt, eine dritte ihm nach Namen und Adresse noch gar nicht bekannte Person, über die er erst durch einen vierten weitere Information erhofft, sei zum Geschäftsschluß geneigt; alsdann hat der Mäkler den Kommittenten allein „auf eine zweifelhafte Möglichkeit, selbst den dritten zu ermitteln, hingewiesen," OLG. Posen bei Seuffert 60 Nr. 100 S. 196. — Zur Vermittelung gehört, daß er die beiden Kontrahenten zusammenbringt, sei es mündlich oder schriftlich, sei es auch, daß er als Vertreter des Auftraggebers selbst mit dem Gegner verhandelt und so den Vertrag anbahnt. Im ganzen spielt der Vermittelungsmäkler seine wirtschaftliche Rolle hauptsächlich im Grundstücks- und Hypothekenverkehr; der Nachweismäkler bei der Wohnungsmiete und bei Dienstverhältnissen, Staub aaO. Anm. 6.

Was zum einen oder andern erforderlich, läßt sich bei der Mannigfaltigkeit der Gestaltung des Lebens nicht allgemein bestimmen; nur das kann man noch sagen, daß der Mäkler auch ohne besondere Abrede gemäß § 242 verpflichtet ist, dem Auftraggeber eine möglichst günstige Gelegenheit nachzuweisen, bei der Vermittelung möglichst günstige Bedingungen für jenen herauszubringen, s. auch § 654 und Bem. dazu. Dies im allgemeinen selbst dann, wenn seine Instruktion einen festbestimmten Inhalt hatte: es ist zu unterstellen, daß der „Auftraggeber" demungeachtet an erster Stelle noch bessere Bedingungen wünschte. Freilich braucht sich der Mäkler in solchem Fall deretwegen nicht besonders zu bemühen, er muß nur von den vorhandenen und ihm bekannten Gebrauch machen.

Ferner ist der Mäkler zur Diskretion verpflichtet, darf nicht dem Gegenkontrahenten vorzeitig den Namen des Auftraggebers nennen, dessen „äußerste Bedingungen" oder etwaige besondere zum Vertragsabschluß um jeden Preis zwingende Lage verraten. Umgekehrt muß er dem Geschäftsherrn die ihm bekannten ungünstigen Vermögensverhältnisse des vorgeschlagenen dritten mitteilen, RG. vom 17. XII. 1900 in Rspr. II S. 119.

Das bisher Gesagte bezieht sich nur auf die Art und Weise der vollzogenen Tätigkeit. Ob und inwieweit der Mäkler zu einer solchen selbst verpflichtet sei, ist schon oben Vorbem. Nr. 3 erörtert.

Schuldhaftes Zuwiderhandeln gegen seine Vertragspflichten macht den Mäkler nach allgemeinen Regeln (§§ 276 ff.) ersatzpflichtig.

2. **Verpflichtungen des Auftraggebers:**

a) sie bestehen vorzugsweise nur in einer aufschiebend bedingten **Verpflichtung zur Zahlung des Lohnes;** wegen dessen Höhe s. § 653 und Bem. dazu. Im Grunde sind es zwei Bedingungen, die erfüllt werden müssen:

α) der zu vermittelnde Vertrag muß **zustande gekommen sein;** dazu gehört beim Grundstücksverkauf entweder Abschluß in der nach § 313 erforderten Form oder bei deren Fehlen Auflassung und Eintragung, die den Formmangel ja heilt, Burchard S. 286. Dies Erfordernis entspricht der Eigenart des Mäklerwesens und dem Vorbild der bisherigen Praxis, Mot. S. 512. Ist das Zustandekommen noch in der Schwebe, das Stadium der Verhandlungen noch nicht überschritten oder der Vertrag noch unvollendet, so gebührt dem Mäkler noch kein Lohn; steht jener seinerseits unter einer aufschiebenden Bedingung, so kann nach der besonderen Bestimmung des Abs. 2 der Mäklerlohn erst nach deren Eintritt verlangt werden (so auch HGB. Art. 82 und für das GR. Entsch. des RG. bei Seuffert 45 Nr. 13).

Lehnt der „Auftraggeber" den Vertragsabschluß ab, oder ist der abgeschlossene Vertrag nichtig, so ist der Lohn noch nicht verdient; möglicherweise, wenn des Mäklers Bemühungen nur gerade auf diesen bestimmten Abschluß gerichtet waren, ist der ganze Mäklervertrag hinfällig. Auch grundlose und selbst widersinnige Ablehnung der Eingebung durch den Auftraggeber kann daran nichts ändern; § 162 BGB. ist hier offenbar unanwendbar, da es das gute Recht des Geschäftsherrn bleibt, auch ohne besondere Gründe Vertragsofferten abzulehnen. Ebenso Staub Anm. 17, anders Lotmar S. 285, der das „gute Recht" zu solchem Verhalten dem Geschäftsherrn nur dem dritten, nicht auch dem Mäkler gegenüber anerkennt. Gegenüber dem strikten Wortlaut von

Abs. 1 Satz 1 („ist . . . nur verpflichtet") hat diese Lehre keine Aussicht auf Erfolg. Auch innerlich wäre sie nur als Korrelat zu einer dem Mäklervertrag immanenten Tätigkeitspflicht, die oben (Vorbem. 3) abgelehnt wurde, begründet. Stellt sich freilich heraus, daß der Kommittent den Mäklervertrag von vornherein ohne ernste Absichten einging, nur um dem Mäkler unnütze Mühen und Kosten zu machen, so könnte § 826 eingreifen.

Wird der zustande gekommene Vertrag nachträglich wieder beseitigt, etwa durch Ausübung eines Anfechtungsrechtes, so fällt der Lohnanspruch von rückwärts wieder fort und der etwa gezahlte Lohn kann nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (ob causam finitam) zurückgefordert werden. Vor vollzogener Anfechtung dürfte freilich der Auftraggeber die begehrte Lohnzahlung nicht weigern können; der Anspruch auf sie ist noch da, wenn auch nur als auflösend bedingter.

Zweifelhaft ist das Schicksal des Lohnes bei einer dem Vertragsschluß beigefügten auflösenden Bedingung. Viele lassen nach ihrem Eintritt den Lohnanspruch hinfällig und das darauf Gezahlte nach §§ 812 ff. zurückgefordert werden. So Fischer-Henle Nr. 9, Leske S. 670, Matthiaß S. 602, Planck Nr. 2c. Aus der Praxis ebenso OLG. Stuttgart, DJZ. 04 822. Dagegen soll nach anderen dadurch der einmal mit dem Abschluß des nachgewiesenen (vermittelten) Vertrages entstandene Lohnanspruch nicht wieder beseitigt werden können. So Dernburg § 339, II, 1 a. E., Schollmeyer S. 114, Kisch bei Grünhut 29 359, Enneccerus S. 693 (der freilich anders entscheidet, wenn die auflösende Bedingung schon vor vollzogener Erfüllung des vermittelten Vertrages eintritt — eine kaum haltbare Unterscheidung). Auch ich bleibe bei dieser schon in Aufl. 1 verfochtenen Meinung stehen. Die auflösende Bedingung hat, mindestens im Außenverhältnis, keine rückwirkende Kraft, ist möglicherweise nur als ein dem Hauptvertrag in continenti beigefügter bedingter Aufhebungsvertrag anzusehen. Außerdem läßt sich aus der besonderen Behandlung der aufschiebenden Bedingung in Abs. 1 Satz 2 ein argumentum a contrario gewinnen. Denn glaubte das Gesetz dort, wo der Vertrag noch gar nicht perfekt geworden war, die Beschränkung des Lohnanspruches besonders aussprechen zu müssen, und unterließ eine entsprechende Bestimmung in unserem Fall, wo der Vertrag doch zunächst einmal geschlossen war, so kann das nur heißen, daß dabei keinerlei Verkümmerung des Lohnanspruches stattfinden solle. Die Beschränkung in Satz 2 ist ferner offenbar nicht nur als zeitliche, sondern auch als gegenständliche gemeint.

Ohne Einfluß auf den Lohnanspruch sind auch sonstige **spätere Wiederaufhebungen** des an sich korrekt geschlossenen Vertrages, z. B. Ausübung eines vertragsmäßigen Rücktritts-, eines Wiederkaufsrechtes. Das ist zwar hinsichtlich des Rücktrittsrechtes in älterer (s. Seuffert 50 Nr. 13 S. 23) und neuester Zeit (besonders Rospatt bei Gruchot 45 555, Schollmeyer S. 114, Staudinger Nr. 2g, Staub Anm. 22) bestritten worden, allerdings meist nur für das vertragsmäßige. Aber auch dies wohl mit Unrecht. Auch der Rücktritt hat keine dingliche Rückwirkung; er löst das Verhältnis freilich unter den Parteien mit rückwirkender Kraft auf, kann aber die Tatsache nicht ungeschehen machen, daß es zunächst, an sich gültig und tadellos, zustande gekommen war. Und dieses Zustandekommen, nicht auch das fortdauernde Bestehen, des Geschäftes erklärt das Gesetz als Voraussetzung des Lohnanspruches. Die gegenteilige Meinung würde den Mäkler in unbilliger, wirtschaftlich bedenklicher Weise noch von der Willkür seines Kommittenten abhängig machen; sie hat somit auch innere Gründe der „Interessenabwägung" gegen sich. Ebenso im Ergebnis die meisten, z. B. Crome § 272 Anm. 36, Dernburg § 339, II, 1, Düringer-Hachenburg I, S. 303, Planck Nr. 1c. Auch OLG. Rostock Rspr. I S. 403.

Ist zwar ein Vertrag, aber nicht gerade der, auf den der Mäklervertrag ging, zustande gekommen, so wird der Lohn nicht geschuldet; doch kommen unerhebliche, die rechtliche oder wirtschaftliche Individualität unberührt lassende Änderungen natürlich nicht in Betracht. So auch OLG. Posen, Rspr. VIII, S. 76.

Anders aber, wenn der Lohn nur bei Erzielung eines bestimmten Mindestpreises zugesichert und in Wahrheit nur ein geringerer Erlös erzielt wurde, Staub Anm. 25, RG. JW. 34 138. War freilich die Differenz geringer als der zu zahlende Mäklerlohn, so wird der Verdacht eines arglistigen Benehmens erweckt; allermindestens dürfte es hier nach Treu und Glauben gerechtfertigt erscheinen, dem Mäkler den Anspruch auf seinen darüber hinausgehenden Restlohn zu belassen.

β) der Vertrag muß **infolge der Vermittelung zustande gekommen sein.** Es wird also erfordert ein Kausalzusammenhang zwischen der Bemühung des Mäklers und

dem eingetretenen Erfolg des Vertragsabschlusses, wie schon im bisherigen Recht, siehe Entsch. d. RG. 6 Nr. 51 S. 187. Wegen des Kausalzusammenhanges vgl. das oben vor § 249 Nr. 4 Bemerkte. Der Nachweismakler führt den ihm obliegenden Beweis dahin, daß er den Nachweis erbracht habe und der nachgewiesene Vertrag hernach wirklich geschlossen sei; dadurch erscheint vorbehaltlich etwaigen Gegenbeweises der nötige Kausalzusammenhang zunächst als hergestellt, RG. JS. III vom 30. IX. 1902 bei Gruchot 47 S. 927 ff. (wohl identisch mit der in DJZ. 03 31 zitierten Entsch. vom 24. X. 1902?) Daß der Mäkler gerade beim Abschluß selbst unmittelbar beteiligt sei, wird nicht erfordert, es genügt in der Regel, wenn er die Person, mit der nachher der Vertrag geschlossen wurde, dem Auftraggeber zugeführt oder zugewiesen hat, RG. 6 Nr. 51 aaO., OLG. Braunschweig Rspr. IX S. 6. Anders indes, wenn die zugewiesene Person dem letzteren bereits als zum Abschlusse des Geschäftes oder allgemein derartiger Geschäfte geneigt und dafür in Betracht kommend bekannt war; dann kann der Mäkler nicht schon wegen der Zuweisung, sondern höchstens wegen einer weiterhin von ihm vollzogenen Vermittelung den Lohn fordern, RG. 6 Nr. 52 S. 188. Weitere Angaben aus der Praxis s. bei Warneyer, BGB. zu § 652, III.

Muß der Geschäftsherr bei Abschluß des Vertrages von der vorausgegangenen Vermittlertätigkeit Kenntnis gehabt haben? So Entsch. des RG. 31 Nr. 65 S. 291, weil das nur dann vorhandene Bewußtsein von der Verpflichtung zur Provisionszahlung auf die Entschließungen von bestimmendem Einfluß sein könne. Ebenso Planck Nr. 2d. Ich kann dem nicht folgen, da es für solche Unterscheidung an einem Anhalt im Gesetze fehlt und auch innere Gründe kaum dafür sprechen; der Auftraggeber muß wissen, daß ihm der Gegenkontrahent durch den Mäkler zugewiesen sein kann; mag er sich event. durch Befragen darüber Gewißheit verschaffen.

Dem gegenüber kann auch der neuestens vom RG. JS. III vom 18. XII. 1903 bei Gruchot 48 344 für die gegenteilige Entscheidung angeführte Gesichtspunkt, der Geschäftsherr habe in dem unterstellten Fall „bei Festsetzung der Vertragsbedingungen auf den Mäkler und dessen Vergütung nicht Rücksicht nehmen können", nicht anerkannt werden. Er trifft höchstens dann zu, wenn die Situation die Annahme begründet erscheinen läßt, daß der zu schließende Vertrag nicht auf einer Vermittlertätigkeit des Mäklers beruhe. Auf den Kausalzusammenhang zwischen dieser und dem Zustandekommen des Geschäftes übt jedenfalls die Kenntnis oder Unkenntnis des Geschäftsherrn keinen Einfluß aus. Wie hier Kipp-Windscheid S. 722.

γ) Unnötig dagegen ist, daß der vermittelte Vertrag bereits **erfüllt** sei. Doch kann natürlich der Lohnanspruch des Mäklers durch besondere Abrede davon als einer weiteren Bedingung abhängig gemacht werden, Staub Anm. 20. Und geht die Mäklertätigkeit auf Vermittelung eines Darlehens, so muß dieses bereits ausgezahlt sein, damit der Lohnanspruch geltend gemacht werden könne; der Abschluß des Vorvertrages genügt dazu nicht, OLG. Frankfurt in Rspr. I S. 402.

δ) Wie, wenn der Auftraggeber **unter Umgehung des Mäklers** den von diesem angebahnten und vorbereiteten Vertrag **selbst schließt**? S. darüber Mot S. 513 und die dort mitgeteilte Judikatur, Planck Nr. 2d. Vielfach wird auch dann nach dem unter β Gesagten die Bedingung für den Lohnanspruch erfüllt sein, in anderen Fällen mag dieselbe nach § 162 als erfüllt gelten, event. steht unter Umständen der Weg für einen Schadensersatzanspruch aus dem Vertrage, event. aus §§ 823, 826 offen.

Dagegen darf man nicht soweit gehen, dem Geschäftsherrn den Abschluß des vom Mäkler zu vermittelnden Geschäftes auf Grund eigener Bemühungen oder gebotener Gelegenheiten zu beschränken. Nicht einmal dann würde er dadurch gegen seine Vertragspflicht verstoßen, wenn er das Vertragsobjekt dem Mäkler „fest an die Hand gegeben hat". Das hat im Zweifel nur den Sinn eines Versprechens, sich innerhalb der fixierten Zeit keines andern Mäklers zu bedienen, OLG. Kiel Rspr. VIII S. 77; teilweise anders die bedenkliche (s. Rospatt aaO. S. 547 ff.) Entsch. des OLG. Karlsruhe das. I S. 236.

b) Neben dem Lohn muß der Auftraggeber dem Mäkler seine **Aufwendungen** im allgemeinen nicht ersetzen, Abs. 2, selbst dann nicht, wenn der Vertrag nicht zustande gekommen ist. Anders nur kraft besonderer Abrede. Selbstverständliche Voraussetzung ist natürlich auch hier, daß der Mäkler seine Vertragspflichten zu 1 erfüllt hat, und die Aufwendungen in einer nach Art und Höhe angemessenen Weise gemacht sind.

Über den Begriff der Aufwendungen und die Art des Ersatzes s. §§ 256 ff. und Bem. dazu.

c) Das zu a und b Gesagte ist **dispositives Recht**; es kann sowohl — und wird nicht selten — dem Mäkler neben oder anstatt seiner Provision eine feste Vergütung zugebilligt, als auch eine selbständige Erstattung der Auslagen neben der Provision ausbedungen werden.

3. **Widerruflichkeit.** Der Geschäftsherr kann den Mäklervertrag im allgemeinen frei widerrufen, es sei denn, daß er sich des Widerrufsrechts besonders begeben hat. Wegen der sich alsdann ergebenden Fragen vgl. Kosack aaO. S. 547 ff., 551.

Widerruft aber der Geschäftsherr, um den Mäkler um seinen Lohn zu bringen, so kann er sich aus § 826 verantwortlich machen, ebenso wie im Falle oben Nr. 2ad; und wenn der Geschäftsherr den zu vermittelnden Vertrag nunmehr selbst schließt, so entsteht möglicherweise der vertragsmäßige Lohnanspruch des Mäklers dennoch, insoweit sich jetzt ergibt, daß die vor dem Widerruf vollzogene Mäklertätigkeit doch auch für den Geschäftsschluß kausal gewesen ist. Denn solche Rechte des Mäklers, zu deren Entstehung bereits durch seine Tätigkeit der Grund gelegt war, kann ihm der Herr natürlich auch durch Widerruf nicht einseitig entziehen.

4. **Der Gegenkontrahent** ist dem Mäkler im allgemeinen zu nichts verpflichtet, anders als im Handelsrecht, wo nach § 99 der Lohn im Zweifel von jedem zur Hälfte zu tragen ist. S. auch Bem. zu § 654.

Entsprechend haftet der Mäkler dem Gegenkontrahenten auch nur nach dem Recht der unerlaubten Handlungen, anders als nach HGB. § 98.

§ 653.

Ein Mäklerlohn gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe der taxmäßige Lohn, in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzusehen.

E. I 588, RV. 643. — Prot. II S. 345—7.

Die Satzung entspricht den Bestimmungen beim Dienst- und Werkvertrag, §§ 612 und 632, s. die Bem. zum ersteren. Zu bemerken ist, daß Abs. 2 auch dann nicht zur Anwendung kommen kann, wenn die Lohnhöhe zwar noch nicht fest bestimmt, aber einer besonderen zu treffenden Vereinbarung überlassen ist, OLG. Dresden im SächsArch. **15** 96.

Welches der übliche Lohn sei, ist nötigenfalls durch Vermittelung von Sachverständigen zu ermitteln. In Berlin und Umgegend beträgt die übliche Vergütung für die Vermittelung von Grundstücksverkäufen ein Prozent, und zwar hat sie hier in der Regel wenigstens im internen Verhältnis der Kontrahenten, der Verkäufer zu zahlen, auch wenn die Anregung vielleicht vom Käufer ausging.

S. wegen vorhandener provinzialrechtlicher Taxen die Angaben bei Planck Nr. 2.

Etwaige landesrechtliche Maximal- und Minimaltaxen haben für die Höhe des Anspruchs aus § 653 keine Bedeutung mehr, da das BGB. nur bei Fehlen einer vereinbarten Vergütung die Taxe maßgebend sein läßt, Staub Anm. 12. Doch tut das der öffentlichrechtlichen Bedeutung der entsprechenden Bestimmung keinen Abbruch, und soweit die Vereinbarung gegen die — rechtswirksam erlassene — landesrechtliche Norm verstößt, kann das die Vereinbarung möglicherweise nach BGB. § 134 unwirksam machen. Außerdem reagiert gegen ungebührlich hohe Lohnforderungen insbesondere § 655, s. diesen.

Das sonst mögliche Mißverständnis, als ob § 653 auch auf die auftraglose Vermittelung Anwendung finde, beseitigt das Gesetz dadurch, daß es geradezu eine „übertragene Leistung“ voraussetzt, Planck Nr. 1.

§ 654.

Der Anspruch auf den Mäklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen ist ausgeschlossen, wenn der Mäkler dem Inhalte des Vertrags zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist.

Neuerung der Reichstagskommission, s. Bericht S. 52.

1. **Allgemeines**: In der gemeinrechtlichen Praxis wurde die Frage, ob der Mäkler das Geschäft im Auftrage und gegen ein Lohnversprechen beider Kontrahenten vermitteln dürfe, verschieden beantwortet, s. die wichtige, in den Mot. S. 514—5 mitgeteilte Judikatur. In der Preußischen Doktrin hat man dieselbe Frage gemeinhin verneint, Mot. aaO. Dagegen sah das alte HGB. Art. 83 in solchem Verhalten beim vereidigten Mäkler an sich nichts Unerlaubtes und ließ beide Kontrahenten im Zweifel die Gebühr je zur Hälfte tragen, ein Satz, der durch die Judikatur mehrfach auch auf die Privathandelsmäkler angewendet wurde; so auch nunmehr, nach Beseitigung der amtlichen Mäkler, neues HGB. § 99.

Das BGB. nimmt in der Frage durch den, erst nach langen Schwankungen während der Entstehungsgeschichte durch den Reichstag eingefügten, § 654 eine **vermittelnde Stellung** ein:

a) an sich, nur wegen des Mäklervertrages, ist der Mäkler nicht gehindert, zugleich in derselben Angelegenheit für den andern Teil, etwa durch Abschluß eines Mäklervertrages auch mit ihm, tätig zu werden und sich auch von ihm eine Provision versprechen zu lassen, so daß er gegebenenfalls doppelten Lohn erhält (nicht etwa nur, wie nach Handelsrecht, von jeder Partei die Hälfte eines Lohnes).

b) Jedoch stellt § 654 ausdrücklich die Möglichkeit einer andern Rechtslage fest; **das Tätigwerden auch für den andern Teil kann „dem Inhalte des Vertrags" zuwider sein.** Dies ist der Fall:

α) bei einer **besonderen Abrede**, die aber nicht durch ein einseitiges, vom Mäkler nicht ausdrücklich oder stillschweigend angenommenes Verbot des Auftraggebers ersetzt werden darf.

β) Bei einer in dem besonderen Fall vorhandenen **unausgleichlichen Interessenkollision** beider Teile. Hier entsprach die Unzulässigkeit eines Handelns für beide wohl schon dem richtig verstandenen bisherigen Recht (s. die belehrenden Erörterungen bei Riesenfeld S. 551—9), sie ergibt sich für das BGB. aus dem Prinzip des § 242 und der Erwägung, daß der Mäkler nicht so, wie er es im Vertrage übernommen hat, für den Geschäftsherrn tätig sein kann, wenn er zugleich den entsprechenden Interessen des Gegners dient. Es ist daher im Fall einer solchen Interessenkollision eine stillschweigende vertragliche Ausschließung des Handelns für den andern Teil solange zu unterstellen, als nicht der Auftraggeber es nachweislich in Kenntnis der Sachlage besonders erlaubt hat.

Wann jene vorliege, ist Tatfrage; eine Vermutung läßt sich dafür nicht aufstellen. Zu erfordern ist natürlich eine Interessenkollision nicht nur in irgend einem Stadium des Vertragsschlusses überhaupt, sondern gerade schon bei dem vom Mäkler nach dem Mäklervertrag herbeizuführenden Stadium der Verhandlungen. Es wird daher eine Unstatthaftigkeit des Handelns auch für den andern Teil in den Fällen, wo dem Mäkler blos der Nachweis der Gelegenheit zum Vertragsschluß obliegt, nur ausnahmsweise anzunehmen sein, so auch RG. ZS. 6 vom 12./26. 2. 1900 bei Seuffert 56 Nr. 24 S. 42, wo mit Recht bemerkt wird, daß die bloße Benennung eines anderen verkäuflichen Objektes dem als Käufer nachgewiesenen dritten gegenüber noch keine Verletzung der Vertragspflicht gegen den Geschäftsherrn sei.

Beim Vermittelungsmäkler gilt das Gegenteil zwar durchaus nicht unterschiedslos, wohl aber in der Regel z. B. beim Kauf, RG. bei Gruchot 24 983ff., Entsch. d. RG. 4 Nr. 80 S. 293. Ein Beispiel unstatthafter Tätigkeit für den dritten ist darin zu finden, wenn der Mäkler ihm sagt, er könne ihm das zum Verkauf angestellte Grundstück noch erheblich billiger als zum bezeichneten Preise verschaffen, OLG. Posen bei Seuffert 57 Nr. 211 S. 394.

Unbefriedigend über § 654 handelt Burchard S. 288—90. Ähnlich wie hier Crome aaO., Kuhlenbeck, v. d. Pandekten, z. BGB. II S. 282.

2. **Wirkung des vertragswidrigen Tätigseins für beide Teile:**

a) Nach § 654 soll der Anspruch auf die Vergütung und den Ersatz der Aufwendungen „ausgeschlossen" sein, also ohne weiteres, nicht nur mittels einer besonderen exceptio doli entkräftbar. Anders freilich Staub Anm. 27, der nur eine Einrede gewährt, mit der ziemlich willkürlichen und nicht überzeugenden Begründung, daß in den Worten des Textes „wohl nur eine nicht beabsichtigte Schärfe des Ausdrucks liege". So auch Düringer-Hachenburg I S. 288, wie hier Planck Nr. 3.

Von einer erweislichen Schädigung des Geschäftsherrn ist diese Wirkung nach Wortlaut und Sinn der Vorschrift nicht abhängig; so auch Staub Anm. 27.

Der Ausschluß des Lohnanspruchs kann sich nach Sinn und Wortlaut auf den einen wie den andern, wie auf beide „Auftraggeber" beziehen; notwendig ist letzteres nicht, da vielleicht der eine das Tätigsein auch für den andern erlaubt, der andere das für den einen verboten hat, aber in der Regel wird es zutreffen.

b) Daneben kann der Mäkler sich auch nach den allgemeinen Regeln der §§ 276 ff. **ersatzpflichtig** machen. Also vertragsmäßig, nicht nur deliktisch. Anders einige Vertreter der vor § 652 Nr. 3a bekämpften Theorie des einseitigen Versprechens. So läßt Siber, Rechtszwang S. 25 den Mäkler nur aus § 826 verantwortlich sein — also nicht einmal bei grobem Verschulden, selbst nicht schlechthin bei Vorsatz! Das bleibt hinter den praktischen Bedürfnissen weit zurück, ist somit eine leidige — aber nicht unvermeidliche — Folge der gegnerischen Konstruktion.

§ 655.

Ist für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Dienstvertrags oder für die Vermittelung eines solchen Vertrags ein unverhältnismäßig hoher Mäklerlohn vereinbart worden, so kann er auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Nach der Entrichtung des Lohnes ist die Herabsetzung ausgeschlossen.

Neuerung der Reichstagskommission, s. Bericht S. 52.

1. Auch dieser § ist eine Neuerung der Reichstagskommission, trotz Widerspruches der Regierungen absichtlich als Sonderrecht um deswillen eingefügt, weil die Mäkler oft bedenkliche Persönlichkeiten und zu Übervorteilungen der Kontrahenten geneigt seien.

Der § 655 ist nach dem Muster des § 343 (übermäßig hohe Vertragsstrafe) gedacht und entworfen, s. Bem. dazu. Seine Anwendung setzt ein vorsätzlich oder fahrlässig rechtswidriges Verhalten des Mäklers nicht voraus; liegt es vor, so kann sich der Mäkler nach allgemeinen Grundsätzen verantwortlich machen, etwa durch Verstoß gegen die Wucherverbote.

2. Trotz § 655 ist das Versprechen an sich gültig; der Richter darf den bedungenen Lohn nicht von Amts wegen, sondern **nur auf Antrag durch Urteil herabsetzen**. Nach ergangenem Urteil (s. ZPO. § 767) sowie nach Entrichtung der Vergütung ist der Anspruch auf Ermäßigung ausgeschlossen.

3 Die Bestimmung ist insbesondere dann am Platze, wenn die Unverhältnismäßigkeit der Lohnhöhe sich dadurch ergibt, daß der Mäkler, selbst an sich befugterweise, für beide Teile tätig ist und daher **doppelten Lohn** erhält, Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 432.

4. Der § 655 ist nicht für alle Mäklerverträge gegeben, sondern nur für solche, die eine **Dienstvermittelung** (s. wegen des Begriffs Vorbem. vor § 611) zum Inhalt haben. Eine entsprechende Ausdehnung auch auf andere ist bei dem Ausnahmecharakter des Satzes untunlich.

§ 656.

Durch das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe wird eine Verbindlichkeit nicht begründet.

Das auf Grund des Versprechens Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der andere Teil zum Zwecke der Erfüllung des Versprechens dem Mäkler gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntnis.

Neuerung der Reichstagskommission, Bericht S. 63, s. auch Mot. S. 511—2.

Literatur: Kohler im ArchBürgR. 5 166ff. und (zum neuen Recht) das. **12** 317ff.; Schindler, Die gewerbsmäßige Heiratsvermittelung, 1901.

1. **Allgemeines**: Die Frage nach der Klagbarkeit des sogen. Ehemakellohnes hatten die bisherigen Rechte verschieden beantwortet; sie wurde geradezu verneint im SächsBG. § 1259 sowie in der französischen Praxis des Code, während die deutsche Praxis dieses Gesetzbuches ebenso wie die des Gemeinen Rechts und Landrechts dem Vertrage nicht schlechthin, sondern nur wegen einer darin unter Umständen zu findenden Unsittlichkeit die rechtsverbindliche Kraft absprachen, s. die Entscheidungen des RG. in Blums Annalen **2** 217 und bei Seuffert 48 Nr. 23 S. 31, ferner für das französische Rechtsgebiet die des OLG. Karlsruhe in den Badischen Annalen **62** 161ff.; darüber und dagegen Kohler, Arch. **5** 166, **12** 327.

Das BGB. schließt durch den erst von der Reichstagskommission eingefügten § 656 **den Anspruch auf den Ehemäklerlohn**, als mit dem sittlichen Charakter der Ehe nicht in Einklang stehend, **schlechthin aus**. Im Gegensatz zu § 655 ist hier überhaupt gar keine klagbare Verbindlichkeit begründet, die erhobene Klage muß also schon von Amtswegen abgewiesen werden. Auch durch Umwandlung in eine neue abstrakte Schuldform kann nach der besonderen Zufügung des Abs. 2 die Klagbarkeit nicht hergestellt werden. Denn auch hier bleibt in Wahrheit der alte, gemißbilligte Versprechensgrund, nur äußerlich hinter dem Formalakt verborgen, vorhanden. Das gilt sowohl für die Akte der §§ 780—1, als auch für Wechsel und an Erfüllungsstatt gegebene Versprechen.

Da freilich der Mangel dieser neu übernommenen Verbindlichkeit, wenigstens soweit sie abstrakter Natur ist, nur die im Akte nicht unmittelbar hervortretende causa trifft, so möchte man meinen, daß den allgemeinen Grundsätzen der abstrakten Versprechen gemäß das Versprechen an sich gültig und nur durch einen Bereicherungsanspruch, oder, in der Defensive, eine exceptio entkräftbar sei. Das würde aber der positiven Bestimmung des Abs. 2 nicht gerecht, der die Vorschriften des Abs. 1, also vollständige Unklagbarkeit, auch auf diese Versprechen für anwendbar erklärt. So auch Planck Nr. 5; wohl nur aus Versehen anders Stammler S. 29.

Auf die übrigen Bestimmungen des Ehemäklervertrages, insbesondere auf die vom Heiratsvermittler etwa übernommene Tätigkeitspflicht, bezieht sich die Sondervorschrift wörtlich genommen nicht. Doch ist bei dem synallagmatischen Charakter des Mäklervertrages die Folgerung unabweislich, daß die Unklagbarkeit der Rechte des Mäklers hier mit Rechtsnotwendigkeit eine solche der Pflichten nach sich ziehe. Unmöglich kann man vom Mäkler eine Tätigkeit in Anspruch nehmen, auf deren Entlohnung dieser seinerseits keinen Anspruch hat.

Wird freilich der Mäkler tätig, so erscheint seine Tätigkeit als eine vertragsmäßige. Denn, wie zu Nr. 2a zu entwickeln, erklärt § 656 den Ehemäklervertrag keineswegs für unwirksam. Leistung darauf ist vertragsmäßige Leistung. Gilt das vom Geschäftsherrn, so muß es folgerecht erst recht vom Mäkler gelten. Daraus folgt, daß dieser für schuldhaftes Benehmen bei seiner Tätigkeit vertragsmäßig verantwortlich ist, ebenso für das seiner Hilfspersonen gemäß § 278. Anders anscheinend Staudinger Nr. 2b (der Vertrag „kommt nicht zustande").

2. **Ausschluß der Rückforderung**:

a) Nur insofern wird nach Abs. 1 Satz 2 dem Versprechen des Ehemakellohnes Wirksamkeit beigelegt, als das daraufhin Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden kann, „weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat".

Das heißt m. E., daß das Gesetz aus einem solchen Versprechen zwar die Klage verweigert, aber eine **natürliche Verbindlichkeit bestehen läßt** und daher die condictio indebiti ausschließt. So auch die herrschende Lehre, u. a. neuestens Schindler aaO.; Crome § 272 Anm. 44; auch RG. ZS. I vom 20. VI. 1900, Bd. 46 Nr. 39

S. 153 (wo daraus gefolgert wird, daß § 656, weil kein absolutes Verbotsgesetz enthaltend, auch keine rückwirkende Kraft besitze) sowie JS. VI vom 12. VII. 1900, Bd. 46 Nr. 47 S. 177 ff. Anders faßt freilich Kohler die Bedeutung des Satzes 2 auf; wegen der dem Ehevermittelungsvertrage schlechthin innewohnenden, in der Regel beide Teile treffenden, turpitudo soll überhaupt für keinen Teil eine Klage daraus gegeben werden, entsprechend den gemeinrechtlichen Sätzen bei der condictio ob turpem causam und dem § 817. Ebenso Meisner S. 204.

Dem kann ich nicht beitreten. Ganz davon abgesehen, ob die Heiratsvermittelung wirklich unter allen Umständen den schweren Vorwurf einer wahren Unsittlichkeit verdiene, was ich nicht bejahen möchte, wäre nach der gegnerischen Meinung der besondere Ausschluß des Rückforderungsrechtes, weil schon aus § 817 folgend, überflüssig und irreführend. Gegen sie spricht aber auch der Wortlaut, der offenbar geradezu auf die condictio indebiti anspielt und sie verwirft, nicht eine condictio ob turpem causam. Derselbe deckt sich genau mit dem des S. 2 in § 762 (Spiel), wo doch offenbar von Unsittlichkeit nicht die Rede und daher nur an die condictio indebiti gedacht sein kann.

b) Der Ausschluß der Rückforderung ist nur hinsichtlich der condictio indebiti anerkannt; **wegen anderer Mängel der Leistung,** z. B. beschränkter Geschäftsfähigkeit des Leistenden, ist sie nach allgemeinen Regeln am Platze. Aber auch die condictio indebiti ist natürlich, trotz des etwas bedenklichen Wortlautes, nicht schlechthin ausgeschlossen, sondern nur, soweit sie auf die Sondernorm in Abs. 1 Satz 1 gestützt wird. Anders, wenn der Leistende irrtümlich geglaubt hat, seine Ehe sei durch Vermittelung des Mäklers zustande gekommen.

c) **Was als bereits „geleistet" anzusehen ist,** bestimmt sich im allgemeinen nach den Regeln des Abschnittes 3, §§ 362 ff. Nicht nur Zahlung, sondern auch Hingabe an Zahlungsstatt und (durchgeführte) Aufrechnung gehören dahin. Nicht aber auch ein an Zahlungsstatt gegebenes bloßes Versprechen, das unter Abs. 2 fallen dürfte (s. oben Nr. 1). Dasselbe muß vom Wechsel gelten, zumal der Abs. 2 sich nicht, anders als § 518 Satz 2, dem Wortlaut nach auf Schuldversprechen und -anerkenntnisse beschränkt, sondern auf alle zwecks Tilgung des Ehevermittelungsversprechens eingegangenen Verbindlichkeiten bezieht. So auch OLG. Celle Rspr. IV. S. 236; weitere Angaben bei Warneyer, BGB. zu § 656, 2—3.

3. Erstrecken sich die Sätze des § 656 auch auf andere Ansprüche des Ehevermittlers, etwa wegen entstandener Kosten? Dafür, wohl mit Recht, Cosack § 152, II, 2. Andererseits scheint die von Kohler S. 332 vertretene Ausdehnung auf Heiratsinserate bei der singulären Natur des § 656 höchst bedenklich. Dagegen auch Planck Nr. 3 a. E.: nur bei Verstoß gegen § 138 könne hier die Verbindlichkeit geleugnet werden; sowie Schindler S. 76 ff.

4. S. auch die Beschränkung der Heiratsvermittler durch GO. § 35 Abs. 2.

Neunter Titel.

Auslobung.

Vorbemerkung.

Literatur: Die ältere s. bei Windscheid II § 308 No. 1; dazu Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 510 ff.; Oertel, Lehre von der Auslobung, 1895. Insbesondere zum BGB. Elster, ArchBürgR. 18 125 ff.; Heinsheimer, DJZ. 04 623 ff.; Kohler, ArchBürgR. 25 1 ff.; dann die Dissertationen von Fischer, Göttingen 1899; Günther, Erlangen 1900; Schleicher, ebenso. Allerneuestens ist hinzugekommen die umfassende Monographie von v. Mayr, Die Auslobung, Wien 1905.

1. **Allgemeines; Konstruktion:**

a) Das Institut der Auslobung ist dem bisherigen Recht überall bekannt und dort in den wesentlichen Punkten meist gleichmäßig gestaltet. Nur das Landrecht (I 11, § 988) beschränkte die verbindliche Auslobung auf die Fälle von

„nützlichen Geistesarbeiten, gemeinnützigen körperlichen Tätigkeiten oder Unternehmungen". Dagegen zog das Gemeine Recht (s. Windscheid aaO.) und das SächsGB. zur Auslobung alle möglichen in Betracht kommenden Fälle, in denen für die Vornahme einer Handlung eine Belohnung ausgesetzt ist. Dem folgt das BGB. Nur muß, wie bisher, das Versprechen in Form einer „öffentlichen Bekanntmachung" erfolgen, s. Bem. 1 zu § 657.

Die Besonderheit der Auslobung besteht nach der gemeinrechtlich herrschenden „Vertragstheorie" (s. Windscheid aaO. und die dort No. 3 zitierten, besonders Regelsberger und Tzschirner, sowie neuestens v. Mayr S. 106, 108ff.) nur darin, daß das Anerbieten an eine unbestimmte Personenmehrheit gerichtet ist, während die Verbindlichkeit ihrerseits erst durch die Annahme existent wird. Im Gegensatz dazu sieht die neuerdings mehrfach vertretene „Pollicitationstheorie" (für sie namentlich Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, 1873, S. 91ff. und dazu Unger in GrünhutsZ. 1 369ff., ferner Dernburg, Pand. II § 9 Nr. 1) den Rechtsgrund der Verbindlichkeit, wie bei der römischen pollicitatio, in einer einseitigen Verpflichtungserklärung des Auslobenden.

b) Für die Theorie des einseitigen Versprechens hat sich nunmehr das BGB. entschieden. Dafür sprechen einmal die Motive S. 519, zum andern aber auch in unwiderleglicher Weise der Wortlaut des Gesetzes selbst. Denn danach erwirbt das Recht ein jeder durch die bloße Vornahme der Handlung ohne Rücksicht auf seine Kenntnis und den Willen, dadurch sich oder andere zu berechtigen, s. § 657; dies eine Gestaltung, die nach Windscheids eigenem Zugeständnis (No. 5—6) mit seiner Theorie unverträglich ist.

Freilich ist die Auslobung andererseits nach § 658 widerruflich, wenn auch nur im Zweifel, und bei Beifügung einer bestimmten Frist für die Vornahme der Handlung nur kraft besonderen Vorbehaltes. Aber diese Widerruflichkeit beruht nur auf einer Auslegungsvorschrift, tritt also nur kraft eines zu unterstellenden Vorbehaltes in der Verpflichtungserklärung ein; die Verbindlichkeit der nicht widerrufenen Auslobung ergibt sich darum doch aus der einseitigen Erklärung.

Die hier verfochtene Konstruktion ist für das BGB. die weitaus herrschende, dafür u. a. Crome § 279; Dernburg § 335, II, 4; Elster S. 170ff.; Endemann § 177 Anm. 2; Enneccerus S. 695; Kober-Staudinger Vorbem. 2; Planck, Vorbem. 2 gegenüber den von ihm mitgeteilten Anschauungen von Jacubezky; auch v. Mayr S. 135 trotz seiner grundsätzlichen Gegnerschaft. Anders nur Fischer S. 26ff., 32 — mit beachtenswerten, aber nicht überzeugenden Gründen —, sowie Kohler. Fischer sieht in der Auslobung eine bedingte Offerte, die mit Vornahme der Leistung zur unbedingten werde. Aber § 657 läßt bereits durch diese den Anspruch erworben werden, nicht erst durch eine hinzutretende Offertenannahme. Stürbe der Handelnde vor Geltendmachung seines Anspruches, so müßte eine bloße Belohnungsofferte, weil offenbar doch nur dem Belohnenden, nicht auch seinem Erben gemacht, hinfällig werden, was dem Gesetz sicherlich nicht entspricht. Bei Mehrheit der Handelnden müßte sinngemäß der vorgehen, der die Offerte zuerst angenommen, nicht, wie es doch § 659 vorschreibt, wer zuerst gehandelt hat! — Kohler sieht in der Auslobung einen Werkvertrag, dessen Besonderheit nur in der eigentümlichen Vertragsform liege (S. 5, 7); die Annahme könne auch ohne Bewußtsein von der vorhandenen Offerte erfolgen. „Sie geschieht einfach durch objektive Leistung auch ohne Bewußtsein davon, daß die Leistung Annahmecharakter habe." Weil der Vertrag für den Gegner nur Vorteile biete, bedürfe es seiner Zustimmung ebensowenig, wie beim Vermächtnis.

Diese überkühne Konstruktion ist solange unannehmbar, als wir den Vertragsbegriff des geltenden Rechts nicht durch einen ganz andern ersetzen. Das bekundet schon der Hinweis auf das doch bisher noch nie als vertragsmäßig behandelte Vermächtnis. Eine Annahme ohne Bewußtsein des Annahmecharakters ist eine contradictio in adiecto. In den neuen Kohlerschen Vertragsbegriff könnte schließlich jeder Rechtserwerb, der überhaupt an Willensaktionen gebunden ist, hineingezwängt werden.

c) **Ein Forderungsrecht entsteht** freilich auch bei dieser Gestaltung **erst mit Vornahme der Handlung**, vorher fehlt es noch an der dazu notwendigen Person eines Berechtigten; auch von einem bedingten Recht wird man nicht mit Elster in der Zwischenzeit schon reden können. Andererseits beruht **der Rechtsgrund des entstandenen** nur auf der Auslobung selbst. Das Verhältnis ist ähnlich wie bei dem noch nicht ausgegebenen Inhaberpapier. Der Tatbestand entsteht sukzessive aus zwei getrennten, durchaus selbständigen Stücken: der Bekanntmachung und der Leistung, zwischen denen ein

weiterer Zusammenhang nicht nötig ist, im Gegensatz zu den auf einander bezogenen Stücken des Vertragsschlusses, Angebot und Annahme. S. über die Konstruktion auch Mot. S. 520.

2. **Qualität der Handlung**: Daß diese eine besondere Eigenart habe, wird weder nach dem Wortlaut noch dem Sinn der einschlägigen Bestimmungen erfordert. Es kann sich dabei um des Auslobenden private Interessen („Ein Hund entlaufen, Wiederbringer erhält Belohnung"), aber auch um höhere soziale, philanthropische, ästhetische u. dergl. Interessen handeln (Preisausschreibungen für die beste Novelle, den packendsten Namen einer Sekt- oder Zigarrenmarke, die Lösung eines wissenschaftlichen oder technischen Problems). Da eine besondere Ausnahme dafür fehlt, wird auch die bekannte Streitfrage nach der verbindlichen Kraft der Auslobung für eine Handlung, deren Vornahme dem Interesse des Auslobenden zuwider ist, im Sinne des BGB. bejaht werden müssen („100 Mark demjenigen, der in meinen Waren einen Fehler nachweist, s. darüber Schütze in Bekkers und Muthers Jahrb. V S. 46 ff.).

So auch die meisten, z. B. Schollmeyer S. 116; v. Mayr S. 23 ff., der allerdings ein Interesse des Auslobenden an der Handlung erfordert, dessen Begriff aber sehr weit faßt und Fälle der hier besprochenen Art insofern zu retten versucht, als mit dem „Interesse an der Nichterfüllung ein gewisses (?) Interesse an der Erfüllung konkurrieren könne".

Doch wird in Fällen dieser Art, zumal angesichts der notorischen und dem Publikum wohlbewußten Häufigkeit marktschreierischer Reklamen ohne ernste Absichten, zu prüfen sein, ob der Verpflichtungswille auch vorhanden oder nicht nur eine solche Reklame beabsichtigt sei, s. Mot. aaO., Fischer-Henle zu § 657 Nr. 6. Ob das eine oder das andere der Fall sei, ergibt sich aus der Sachlage; das bloß innere Fehlen der Verpflichtungsabsicht kommt aber nach den allgemeinen Grundsätzen nicht in Betracht, wenn darin eine Mentalreservation zu finden ist (§ 116); und auch davon abgesehen ist nach § 118 die nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung nur dann nichtig, wenn sie in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden.

Irgend eine Handlung muß es andererseits immer sein, worauf die Belohnung gesetzt wird; die Bekanntmachung einer solchen für den, bei dem ein gewisser tatsächlicher Zustand vorliege, fällt nach Wortlaut und Sinn nicht unter § 657, z. B. die Einladung zu einer Schönheitskonkurrenz; Belohnung für den, bei dem sich ein angepriesenes Arzneimittel, Haar- oder Mundwasser unwirksam erweisen werde. S. Goldmann-Lilienthal S. 689.

Ebensowenig liegt eine Auslobung vor, wenn z. B. ein Menschenfreund bei Ausbruch eines Krieges den Hinterbliebenen der Gefallenen öffentlich Unterstützungen oder, falls sein Wohnort von der Cholera, der Lepra befallen werden sollte, ein Spital zu bauen verspricht.

Wohl aber kann die Handlung **in der Mitteilung einer Tatsache** bestehen, z. B. ein Wahlkomitee setzt Prämien aus für diejenigen, die ihm zuerst das Wahlergebnis der einzelnen Bezirke mitteilen.

Dagegen ist nicht nötig, daß die Handlung gerade eine solche sei, wie sie auch den Inhalt eines Werkvertrages bilden könne („Werkleistung"); die gegenteilige Behauptung von Kohler S. 6 entbehrt der Beweiskraft.

Natürlich darf auch der Inhalt der Auslobung kein unsittlicher sein, da sonst das Geschäft nach §§ 134, 138 ungültig sein würde. S. über die Kriterien des unsittlichen Geschäftes die Bemerkungen zu jenen Paragraphen, ferner Lotmar, Der unmoralische Vertrag, 1896.

3. Die **Beifügung einer Frist** für die vorzunehmende Handlung ist nicht erfordert nach § 658 Abs. 2, anders nur nach § 661 in dem Sonderfall der Preisausschreibung.

4. Die Fragen nach der Art der Verpflichtung, Unmöglichkeit der Leistung, Haftung ergeben sich aus den allgemeinen Regeln unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Falles, wobei insbesondere zu beachten ist, daß eine schuldhafte Unmöglichmachung der versprochenen Leistung vor Vollzug der Handlung nicht nach §§ 276 ff. verantwortlich machen kann, da ja noch kein Forderungsrecht vorliegt. Auch § 160 dürfte sich nicht heranziehen lassen, da noch kein bedingter Rechtserwerb vorliegt (s. oben Nr. 1 a. E.) Dagegen kann sich der Auslobende unter Umständen nach § 307 oder §§ 823 ff., namentlich auch § 826, haftbar machen. Soweit die Auslobung noch widerruflich war, muß dem Auslobenden überhaupt die Vernichtung

oder Veräußerung des zum Lohn ausgesetzten Objektes nicht minder offenstehen, wie der Widerruf; ja sie wird vielfach selbst zugleich einen solchen darstellen.

Ob der Auslobende mit Eintritt seiner endgültigen Verpflichtung für Mängel des ausgesetzten Objektes nach den schärferen Regeln der zweiseitigen Verträge, oder nach den milderen der Schenkung hafte, läßt sich nicht allgemein sagen. Man wird darauf abstellen müssen, ob ein individuelles Interesse des Auslobenden auf dem Spiele steht, so daß die vorzunehmende Handlung den Charakter der Gegenleistung an ihn hat; hier dürften im allgemeinen die Grundsätze des Werkvertrages über die Pflichten des Bestellers — also indirekt auch, soweit der ausgesetzte Lohn nicht in Geld besteht, gemäß BGB. §§ 445, 493 wegen etwaiger Mängel die Regeln des Kaufes — entsprechend verwertbar sein. Liegt aber ein lediglich oder doch vorwiegend altruistisches Interesse vor, so dürfte in der Auslobung wohl ein der Schenkung verwandter Akt gesehen werden. Jedoch sind auch in den Fällen der ersteren Art Wandelung und Minderung für die Regel nach der Natur der Sache ausgeschlossen, Mot. S. 520.

5. Das Verhältnis von **Auslobung und Wette** ist neuestens, anläßlich des Prozesses des Grafen Hoensbroech gegen Dasbach, viel behandelt worden, s. Heinsheimer und Kohler aaO., Winkler, Recht 1904 S. 355, Köttgen das. S. 380.

Der wesentlichste Unterschied liegt in der Einseitigkeit des Auslobungs- gegenüber der notwendigen Zweiseitigkeit des Wettversprechens. Die rechtspolitischen Gründe für die Unklagbarkeit treffen bei sogen. einseitigen Wetten nicht zu; der Versprechende wird vor leichtsinnigen Erbietungen durch die kühle Erwägung, daß er im besten Falle doch nichts gewinnen könne, von vornherein zurückgehalten. Schädigungen und ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen infolge Leichtsinns, übertriebenen Selbstvertrauens sind bei ihr daher kaum zu erwarten. Natürlich ist nicht jede „einseitige Wette" Auslobung; sie ist es nur dann, wenn das Versprechen auf das Vollbringen einer Handlung gesetzt ist, und auch dann nur in dem nicht häufigen Fall der „öffentlichen Bekanntmachung", § 657. Andernfalls ist sie nur ein bedingtes, zur Wirksamkeit der Annahme bedürftiges Versprechen, das sich nur nach den allgemeinen Regeln richtet.

§ 657.

Wer durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges, aussetzt, ist verpflichtet, die Belohnung demjenigen zu entrichten, welcher die Handlung vorgenommen hat, auch wenn dieser nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat.

E. I 581, E. II 589, RB. 644. — Mot. S. 518—21, Prot. II S. 347.

Das in der Vorbem. Gesagte ist hier noch im einzelnen zu ergänzen:

1. Die Auslobung geschieht in Form einer **öffentlichen Bekanntmachung**. S. über diesen Begriff Bem. zu § 171. Es ist darunter zu verstehen eine nicht nur auf individuell bestimmte Personen beschränkte Ankündigung, einerlei ob sie schriftlich oder mündlich, etwa in einer Volksversammlung oder Vereinssitzung, in einem Weltblatt oder einem kleinstädtischen Anzeiger erscheint. Auch der größere oder kleinere Kreis der Personen, die wirklich etwas von der Auslobung erfahren, spielt keine Rolle, sofern nur ein Mittel gewählt ist, das normalerweise eine gewisse, wennschon beschränkte Publizität begründet, s. Mot. S. 519. Enger Planck, der eine den Mitgliedern eines Vereins gemachte Bekanntmachung für nicht genügend ansieht. Aber kann man allen Ernstes behaupten, eine in den „Mitteilungen des Deutschen und Österreichischen Alpenvereins" vollzogene Bekanntmachung sei nicht öffentlich? Es kommt vielmehr darauf an, ob das Versprechen nicht lediglich einer Summe von in ihren Individualitäten ohne weiteres übersehbaren Personen gemacht ist; ob in oder außerhalb eines Vereins, macht dabei keinen Unterschied. Ähnlich wie hier v. Mayr S. 17ff. (unter Verwertung der strafrechtlichen Praxis), Fischer S. 37.

2. Wegen „der Handlung" s. Vorbem. 2.

Hier sei nur noch bemerkt, daß unter § 657 auch die Belohnungen fallen, die von den Polizeibehörden oder auch Privaten auf die Ausmittelung eines Verbrechens oder die Wiederherbeischaffung von durch strafbare Handlungen abhanden gekommenen Gütern gesetzt zu werden pflegen. S. dazu Brückmann, DJZ. 1903 S. 473.

3. Es muß verheißen sein eine **Belohnung**, d. h. die Zusicherung von geldwerten Vorteilen irgendwelcher Art, nicht notwendig gerade von Geld oder überhaupt körperlichen Sachen.

4. Das Versprechen erfolgt **zu Gunsten dessen, der die Handlung vorgenommen hat**; weitere Erfordernisse sind in seiner Person nicht vorhanden, sie müßten denn in der Auslobung selbst vorgesehen sein: z. B. ein Preisausschreiben für die Mitglieder eines Vereins, die Einwohner einer Stadt, die Abonnenten einer Zeitung.

Insbesondere braucht der Handelnde nichts von der Auslobung gewußt zu haben, oder gar mit Rücksicht darauf gehandelt zu haben, s. den Schlußpassus im Text. Wie aber, wenn die Handlung bereits vorher begonnen oder gar vollendet war? Man muß nach dem Wortlaut wie nach dem Sinn des § 657 annehmen, daß auch dadurch der Anspruch jedenfalls im allgemeinen nicht ausgeschlossen wird; denn der Erfolg, um den es dem Auslobenden zu tun war, tritt hier ebenso gut und noch schneller ein. Anders, wenn die Vornahme der Handlung dem Auslobenden bereits bekannt war: dann ist zu unterstellen, daß er nicht auf diese schon vollzogene, sondern auf eine erst vorzunehmende Handlung gleicher oder ähnlicher Art die Belohnung habe setzen wollen: z. B. können aus einem Preisausschreiben für ein wissenschaftliches Werk keine Ansprüche erhoben werden auf Grund einer früher über die fragliche Materie bereits veröffentlichten Arbeit.

5. Wer die Handlung vollzogen hat, erwirbt einen **klagbaren Anspruch auf die Belohnung**, er braucht sich nicht dem einseitigen Urteil des Auslobenden oder eines dritten zu unterwerfen; s. aber wegen des besonderen Falles der Preisausschreibung § 661 Abs. 2 und Bem. dazu. Auch sonst kann sich der Auslobende im allgemeinen durch Vorbehalte in der Auslobung ein Prüfungsrecht ausbedingen.

§ 658.

Die Auslobung kann bis zur Vornahme der Handlung widerrufen werden. Der Widerruf ist nur wirksam, wenn er in derselben Weise wie die Auslobung bekannt gemacht wird oder wenn er durch besondere Mitteilung erfolgt.

Auf die Widerruflichkeit kann in der Auslobung verzichtet werden; ein Verzicht liegt im Zweifel in der Bestimmung einer Frist für die Vornahme der Handlung.

E. I 582, E. II 590, RV. 645. Mot. S. 521—3, Prot. II S. 347—8.

1. **Die Widerruflichkeit** der Auslobung war im Gemeinen Recht streitig; die Bejahung oder Verneinung der Frage hing bei den einzelnen Schriftstellern meist mit ihrer Stellungnahme zu den beiden in der Vorbem. Nr. 1 angegebenen Grundauffassungen zusammen. Das Landrecht gestattete dem Auslobenden innerhalb der für die Leistung festgesetzten Zeit keinen Widerruf (I, 11, §§ 988—9), während das SächsGB. ihn umgekehrt bis zur vollzogenen Leistung zuläßt. S. im allgemeinen über das Problem der Widerruflichkeit die sorgsam abneigenden, wesentlich rechtspolitischen Erörterungen bei v. Mayr S. 36 ff.

Das BGB. entscheidet sich **für die Widerruflichkeit** aber nur aus dem vermutlichen Willen des Auslobenden heraus und daher nicht im Widerspruch zu der von ihm zu Grunde gelegten Konstruktion der Auslobung, s. Vorbem., Mot. S. 522. Die gegnerische Theorie müßte **stets** Widerruflichkeit und zwar bis zur Annahme der Auslobung annehmen, nicht nur bis zur vollzogenen Leistung. Denn einer bloßen Offerte wohnt doch normalerweise nur auf eine sehr begrenzte Zeitdauer die Unwiderruflichkeit inne (s. § 147.)

2. **Der Widerruf** erfolgt durch eine **einseitige Erklärung**, die aber nicht schlechthin empfangsbedürftig im Sinne von §§ 130ff. ist. Ihre Form bestimmt sich vielmehr nach S. 2, der im wesentlichen der gleichartigen Bestimmung in § 171 Abs. 2 für den Widerruf der Vollmacht entspricht; es kann daher auf die Bemerkungen dazu verwiesen werden.

Daneben soll der Widerruf auch **durch „besondere Mitteilung"** erfolgen können. Der Sinn ist nicht ganz zweifellos. Gemeint ist wohl eine Mitteilung an den, dem die Auslobung neben der öffentlichen Bekanntmachung noch besonders mitgeteilt war oder der unter Kenntnis des Auslobenden die Vornahme der Handlung bereits vorbereitete. Die besondere Mitteilung nimmt ihm dann die Möglichkeit, durch Vornahme der Handlung den Anspruch auf die Belohnung zu erwerben; er scheidet aus dem Kreise der Anwärter aus. Eine weitergehende, objektive Wirkung kann der Widerruf dagegen in diesem Falle unmöglich haben; die gegenteilige Annahme würde Treu und Glauben schnurstracks zuwiderlaufen.

Die „besondere Mitteilung" ist eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung im Sinne von §§ 130ff.

Daß andererseits demjenigen, dem die Auslobung seinerzeit neben der öffentlichen Bekanntmachung noch besonders mitgeteilt wurde, ein besonderer Widerruf neben der öffentlichen Erklärung zugehen müsse, ist nicht anzunehmen, jedoch kann der Auslobende sich ihm bei geflissentlicher, böswilliger Unterlassung nach § 826 verantwortlich machen.

3. Der Auslobende kann **auf den Widerruf verzichten**, Abs. 2. Dies ausdrücklich oder nach Maßgabe der allgemeinen Regeln auch stillschweigend, s. dazu insbesondere die Auslegungsregel am Schluß, wonach bei Beifügung einer Frist für die Handlung ein solcher Vorbehalt ohne weiteres unterstellt wird. Daß der Verzicht gerade in der Auslobung selbst erklärt sei, ist trotz des Wortlautes von Abs. 2 nicht anzunehmen; nichts steht im Wege, ihn noch nachträglich in einer der Auslobung entsprechenden Form zu erklären.

4. **Das Widerrufsrecht dauert** bis zur Vornahme der Handlung. Deren bloßer Beginn nimmt es noch nicht, und selbst für die bereits dem Ausführenden entstandenen Mühen und Kosten haftet der Auslobende nicht: der Handelnde wußte oder mußte wissen, daß die Möglichkeit des Widerrufs vorhanden sei, und arbeitete gewissermaßen auf seine eigene Gefahr. Es fehlt daher an einer zureichenden Grundlage für eine Ersatzpflicht des Auslobenden, s. Mot. S. 522; übereinstimmend auch Elster S. 178. Hat freilich der Auslobende erweislich die Bekanntmachung von vornherein zu dem Zwecke vorgenommen, um andern unnütze Arbeit zu machen und jene dann zu widerrufen, so haftet er nach § 826 auf Schadensersatz.

Dagegen **nach der Ausführung** der Arbeit **ist der Widerruf schlechthin ausgeschlossen**, auch wenn sie dem Auslobenden noch nicht eingereicht, mitgeteilt oder die Annahme noch nicht erklärt ist.

5. **Die Auslobung kann auch auf andere Weise wegfallen** auf Grund der allgemeinen Erlöschungsgründe der Schuldverhältnisse:

a) durch Vollziehung oder Unmöglichkeit der Handlung.

b) durch Anfechtung gemäß den in Buch I enthaltenen Voraussetzungen. War die Handlung noch nicht vorgenommen, so ist für sie im allgemeinen bei der Widerrufsfreiheit kein Bedürfnis; nachher erfolgt sie gemäß § 143 Abs. 4 gegenüber dem Handelnden. Zweifelhaft ist aber, ob nicht wenigstens die unwiderrufliche Auslobung schon vorher angefochten werden könne, da es sich sonst leicht ereignen möchte, daß die Anfechtungsfrist vor Möglichkeit einer Anfechtung bereits verstrichen ist. S. darüber ausführlich Planck, Vorbem. Nr. IIIa; man wird ihm dahin beitreten können, daß hier ausnahmsweise eine Anfechtung durch öffentliche Bekanntmachung, also in derselben Form, wie die Auslobung selbst, am Platze sei. Das entspricht der Eigenart der Auslobung und ist allein imstande, anstößige Ergebnisse hintanzuhalten.

c) Tod und eintretende Geschäftsunfähigkeit des Auslobenden sind im allgemeinen einflußlos; das ist sowohl aus den allgemeinen Grundsätzen der Forderungsrechte, die hier zu verlassen kein Anlaß vorliegt, wie namentlich aus den entsprechenden Bestimmungen über die Offerte, §§ 130, 153, zu entnehmen.

§ 659.

Ist die Handlung, für welche die Belohnung ausgesetzt ist, mehrmals vorgenommen worden, so gebührt die Belohnung demjenigen, welcher die Handlung zuerst vorgenommen hat.

Ist die Handlung von mehreren gleichzeitig vorgenommen worden, so gebührt jedem ein gleicher Teil der Belohnung. Läßt sich die Belohnung wegen ihrer Beschaffenheit nicht teilen oder soll nach dem Inhalte der Auslobung nur einer die Belohnung erhalten, so entscheidet das Los.

E. I 583 (teilweise), E. II 591 (teilweise), RB. 646. — Mot. S. 523, Prot. II S. 348—50.

1. § 659 regelt den Fall, wenn die fragliche Handlung von mehreren, und zwar unabhängig von einander, vorgenommen wurde. Alsdann soll **die Zeit entscheiden** („prior tempore, potior iure“); waren die Handlungen **gleichzeitig** vorgenommen, oder läßt sich, was dem gleichstehen muß, die **Priorität** des einen oder andern **nicht ermitteln**, so bekommt

a) **bei teilbarer Belohnung** jeder einen Kopfteil;

b) **ist die Belohnung** nach ihrer Natur oder dem Inhalt der Auslobung **nicht teilbar**, so entscheidet das Los, und zwar hat die Verlosung im Zweifel wohl durch den Auslobenden zu geschehen, der dabei die Grundsätze von Treu und Glauben zu beobachten hat, übrigens aber in der Einrichtung der Verlosung frei ist.

Wegen der unteilbaren Leistungen s. oben Vorbem. vor § 420 Nr. 1.

2. Hat **einer der Handelnden den Anspruch** auf die Belohnung einmal ganz oder teilweise **erworben**, so sind die andern insoweit ausgeschlossen, und können auch nicht an seine Stelle treten, wenn sein Recht, etwa durch Erlaß, wieder erlischt. S. dazu Planck Nr. 1b.

3. Vorausgesetzt ist natürlich bei dem unter 1 Gesagten, daß alle Handelnden die etwa in der Auslobung festgestellte **Frist innegehalten haben**; die später kommenden haben überhaupt keinen Anspruch.

§ 660.

Haben mehrere zu dem Erfolge mitgewirkt, für den die Belohnung ausgesetzt ist, so hat der Auslobende die Belohnung unter Berücksichtigung des Anteils eines jeden an dem Erfolge nach billigem Ermessen unter sie zu verteilen. Die Verteilung ist nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist; sie erfolgt in einem solchen Falle durch Urteil.

Wird die Verteilung des Auslobenden von einem der Beteiligten nicht als verbindlich anerkannt, so ist der Auslobende berechtigt, die Erfüllung zu verweigern, bis die Beteiligten den Streit über ihre Berechtigung unter sich ausgetragen haben; jeder von ihnen kann verlangen, daß die Belohnung für alle hinterlegt wird.

Die Vorschrift des § 659 Abs. 2 Satz 2 findet Anwendung.

E. I 583 (teilweise), E. II 591², RB. 647. — Mot. S. 523, Prot. II S. 348—50.

1. Der Fall des § 660 ist dadurch von § 659 verschieden, daß nicht jeder den Erfolg für sich, sondern alle zusammen einen einheitlichen Erfolg erzielt haben. Z. B.: Mehrere haben das entlaufene Tier eingefangen, mehrere Chemiker gemeinsam ein Arzneimittel erfunden. Vorausgesetzt ist, daß nicht das gemeinsame Handeln nach Wortlaut und Sinn der Auslobung hat ausgeschlossen werden sollen, wie es z. B.

bei Preisausschreibungen wissenschaftlichen Inhalts (man denke an die Preisaufgaben der Universitäten!) nicht selten der Fall ist.

2. Liegt der Fall einer gemeinsamen Ausführung vor, so hat der Auslobende die Belohnung gemäß § 660 unter die Handelnden zu verteilen. Er verfährt dabei, wie in der Kommission treffend ausgeführt wurde (s. Prot. aaO.), **nicht als Schuldner** — denn leisten muß er irgend jemandem doch, und es kann ihm schließlich gleich sein, wem — sondern als **Preisrichter**, ähnlich wie im Falle des § 319, dessen Wortlaut hier zum Teil geradezu wiederkehrt. Das dazu unter Nr. 1—2 Bemerkte ist daher ohne weiteres auf den vorliegenden Fall verwendbar und wird hier in Bezug genommen. Ein beachtenswerter Unterschied zu § 319 liegt indes darin, daß der Auslobende, anders wie der dort auftretende dritte, zur Abgabe der Entscheidung verpflichtet ist und event. von den Beteiligten darauf verklagt werden kann, und zwar wohl zweifellos von jedem einzelnen von ihnen, so auch Planck Nr. 2b.

3. Die Bestimmung erfolgt durch einseitige, empfangsbedürftige Erklärung, zweifelhaft, ob gegenüber allen Beteiligten oder wirksam schon gegenüber einem. Ich entscheide mich mit Planck Nr. 2c für das letztere als „der Verkehrsanschauung am meisten entsprechend“.

Daß der Auslobende wegen Irrtums, Betruges und aus den sonstigen allgemeinen Gründen seine Bestimmung anfechten kann, ist hier (trotz der gegenteiligen Bestimmung in § 318 Abs. 2) unbedenklich anzunehmen. Der Fall ist unlängst bei einer deutschen Hochschule vorgekommen und viel besprochen, also nicht so unpraktisch, wie Staudinger Nr. 10 anzunehmen scheint.

4. Die Verteilung durch den Auslobenden ist bei **„offenbarer Unbilligkeit“** für die Beteiligten nicht verbindlich. Darunter ist durchaus nicht nur eine subjektive Unbilligkeit des Auslobenden zu verstehen, sondern jeder Fall, wo der Auslobende, etwa in Irrtum oder Unkenntnis über die Teilnahme der einzelnen Arbeiter oder den Wert ihrer Beteiligung, eine objektiv der Billigkeit widersprechende Entscheidung gefällt hat.

5. Will einer der Beteiligten sich bei der vollzogenen Bestimmung nicht beruhigen, so steht ihm gegen die andern Beteiligten, nicht gegen den Auslobenden, eine Anfechtung der Bestimmung zu. Das ergibt sich aus Abs. 2 (wo vom Streit der Beteiligten unter sich die Rede ist), s. auch Bem. 1 zu § 319, Planck Nr. 2f. Das die getroffene Entscheidung abändernde Urteil ist rechtsgestaltend (konstitutiv), s. Kisch, Urteilslehre S. 137 mit Literaturangaben. Aber wohl in dem von Kisch dargelegten besonderen Sinne, daß es nicht die ganze Existenz, sondern nur den Umfang der Teilberechtigungen zu gestalten vermag. Der Richter muß an Stelle der unbilligen und daher in dem zu § 315 Nr. 4 entwickelten Sinne anfechtbaren Mitteilung eine neue setzen und darin den Umfang der Teilberechtigungen anderweit gestalten, nicht etwa nur den objektiv schon vorhandenen lediglich feststellen („festsetzendes Urteil“). Wird die Entscheidung durch Urteil abgeändert, so kann sich leicht der Fall ergeben, daß der Auslobende dem obsiegenden Teile nochmals leisten muß und sich wegen des dem Unterlegenen indebite Gezahlten nur an diesen halten kann. Dieser Gefahr soll ihn der Abs. 2 entheben, der ihm bei Uneinigkeit der Beteiligten ein Rückbehaltungsrecht gibt. Nur auf Hinterlegung — im Sinne von §§ 372ff. — kann, ähnlich wie bei unteilbaren Forderungen, jeder der Beteiligten klagen; eignet die Belohnung sich dazu nicht, so steht ihnen kein Mittel zu, das Rückbehaltungsrecht des Auslobenden zu beseitigen: der für solche Fälle in § 432 gegebene Anspruch auf Herausgabe an einen Verwahrer wird hier nicht wiederholt.

Zahlt der Auslobende trotz der nicht vorhandenen Anerkennung seiner Entscheidung gemäß aus, so tut er das natürlich auf eigene Gefahr; er kann hernach nur das zuviel Geleistete nach den Regeln der §§ 812ff. vom Empfänger zurückfordern.

Wie, wenn die Anfechtung der Entscheidung nicht unverzüglich erfolgt und dadurch der Auslobende in den Glauben versetzt wird, er könne nach Maßgabe seiner Entscheidung ungefährdet die Belohnung verteilen? Das Recht auf Anfechtung wird dadurch an sich nicht ohne weiteres ausgeschlossen; wohl aber kann der Auslobende unter Berufung auf § 242 dann unter Umständen, wenigstens wenn dem Gegner die Bestimmung bekannt gewesen war, eine Einrede der Arglist gewinnen, die ihn berechtigt, den siegenden „Beteiligten“ durch Abtretung des ihm gegen den Unterlegenen erwachsenen Bereicherungsanspruches abzufinden. Der Auslobende wird sich aber auch direkt dadurch schützen können, daß er die Beteiligten zu einer Erklärung über die Anerkennung provoziert, die dann für sie verbindlich ist. Bis sie erfolgt, wird man

ihm mit **Planck** Nr. 2f Abs. 2 das Zurückbehaltungsrecht zubilligen: eine „Anerkennung" liegt eben so lange noch nicht vor, und die Bedingung des Abs. 2 ist damit erfüllt. Es bleibt den andern Beteiligten überlassen, gegen die die Anerkennung durch Widerspruch oder Nichterklärung verweigernden Klage zu erheben.

Auch im Stillschweigen wird leicht eine Anerkennung der Entscheidung gefunden werden.

6. **Bei Unmöglichkeit einer billigen Lohnverteilung** unter die Beteiligten entscheidet auch hier das Los, Abs. 3; s. dazu Bem. 1 zu § 659.

Es fragt sich aber, ob auch hier, wie nach §§ 317ff., eintretender **Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Auslobenden** eine solche Unmöglichkeit herbeiführt? Die Frage ist zu verneinen: ein höchstpersönlicher Charakter des Bestimmungsrechts wird weder durch den Wortlaut noch den Sinn des vorliegenden Paragraphen gefordert. Auch durch gesetzliche oder gewillkürte Vertreter kann der Auslobende im allgemeinen die Bestimmung treffen. Übereinstimmend **Planck** Nr. 2c.

7. Bei **Mehrheit der Auslobenden** müssen im Zweifel alle übereinstimmen, da mit **Planck** Nr. 2d gegen **Enneccerus** S. 697 Anm. 4c der § 317 Abs. 2 als entsprechend anwendbar zu erachten sein dürfte. Weigert sich einer oder kommt sonst eine Einstimmigkeit nicht zu stande, so kann es unmöglich dabei sein Bewenden behalten, da sich sonst die Auslobenden ihrer Pflicht entziehen könnten. Man wird scheiden:

a) Weigert sich einer oder mehrere, so werden ersterenfalls der Widerspenstige, letzterenfalls alle auf Vollzug der Bestimmung zu verklagen sein; die Vollstreckung vollzieht sich dann nach § 888 ZPO.

b) Ist keine Übereinstimmung zu erzielen, so muß die Bestimmung nach dem wohl gleichfalls entsprechend anwendbaren § 319 Abs. 1 Satz 2 durch richterliches Urteil erfolgen. Einfacher ist allerdings das Verfahren von **Enneccerus**, der bei unterbleibender Einigkeit die **Stimmenmehrheit** entscheiden läßt. Aber dafür fehlt es an einer genügenden gesetzlichen Grundlage.

§ 661.

Eine Auslobung, die eine Preisbewerbung zum Gegenstande hat, ist nur gültig, wenn in der Bekanntmachung eine Frist für die Bewerbung bestimmt wird.

Die Entscheidung darüber, ob eine innerhalb der Frist erfolgte Bewerbung der Auslobung entspricht oder welche von mehreren Bewerbungen den Vorzug verdient, ist durch die in der Auslobung bezeichnete Person, in Ermangelung einer solchen durch den Auslobenden zu treffen. Die Entscheidung ist für die Beteiligten verbindlich.

Bei Bewerbungen von gleicher Würdigkeit finden auf die Zuerteilung des Preises die Vorschriften des § 659 Abs. 2 Anwendung.

Die Übertragung des Eigentums an dem Werke kann der Auslobende nur verlangen, wenn er in der Auslobung bestimmt hat, daß die Übertragung erfolgen soll.

E. I 584, E. II 592, RV. 648. — Mot. S. 523—4, Prot. II S. 350—1.

1. **Allgemeines:** § 661 handelt von der besonders wichtigen **Preisausschreibung**, dem Fall der Auslobung, bei dem der Auslobende für die Lösung einer Aufgabe, insbesondere wissenschaftlicher, künstlerischer, gewerblicher oder sportlicher Art, also nicht nur für ein konkretes Einzelergebnis, eine Belohnung aussetzt. Der Unterschied zwischen derartigen und den gewöhnlichen ausgelobten Handlungen besteht darin, daß beim Preisausschreiben kein **absoluter**, sondern nur ein **relativer** Erfolg in Frage steht, **v. Mayr** S. 97ff.; es sich darum handelt, „Gradunterschiede in der Trefflichkeit der Lösung einer regelmäßig theoretischen Aufgabe zu ermitteln", **Heinsheimer** aaO. S. 625. Die Entscheidung ist also hier nicht Feststellung, sondern Abgabe eines Werturteils. Ob die **Dasbach**sche Auslobung, wie **Heinsheimer** meint, hierhin

gehörte, ist mindestens zweifelhaft, da der Lohn dabei auf die Erbringung eines ganz bestimmten Nachweises, bei dem es nur ein Entweder — Oder gab, gesetzt zu sein scheint.

Die positivrechtlichen Besonderheiten gegenüber dem allgemeinen Recht der Auslobung bestehen beim Preisausschreiben darin:

a) daß der demnächstige Gläubiger sich um den Preis **bewerben** muß; die bloße Tatsache der Lösung der Aufgabe genügt nicht. Gleichgültig ist aber auch hier, ob der Betreffende bei Herstellung der Lösung selbst mit Rücksicht auf die Auslobung gearbeitet oder auch nur davon gewußt hat.

b) Wesentlich ist ferner nach der, offenbar zwingenden, Vorschrift des Abs. 1 die Beifügung einer **Frist**; dies nach den Mot. S. 524 um deswillen, weil andernfalls „der Auslobende stets noch auf ein besseres Werk warten und niemals genötigt werden könnte, unter den zur Bewerbung gestellten Leistungen die endliche Wahl zu treffen". Infolgedessen ist die Auslobung nach der Regel des § 658 Abs. 2 im Fall der Preisausschreibung im Zweifel **unwiderruflich**.

2. Die nach Nr. 1 erforderliche **Bewerbung muß innerhalb der Frist erfolgen**; eine spätere kann (s. Abs. 2) auch dann nicht genügen, wenn die Lösung der Aufgabe selbst rechtzeitig erfolgt war.

Sonst wird über Art und Form der Bewerbung im Gesetze nichts bestimmt; maßgebend ist zunächst das besondere Ausschreiben, das darüber wohl selten schweigen wird. Davon abgesehen bestimmt sie sich nach der Eigenart der zu lösenden Aufgabe. Im allgemeinen wird die Lösung dem Auslobenden eingereicht oder mitgeteilt werden müssen; ein besonderer Vermerk, daß man sich bewerbe, ist daneben schwerlich zu erfordern, da in der Einsendung eine solche Erklärung meist mittelbar zu finden sein dürfte.

3. **Kann die Bewerbung** bis zur Preisverteilung **zurückgezogen werden?** Man wird die Frage mit den Protokollen II S. 351 im allgemeinen bejahen dürfen.

4. a) Die Eigenart der Preisausschreibung erfordert es, daß der Auslobende im Prinzip **frei wählen** kann, ob er einer und welcher von den mehreren Bewerbungen er als würdig den Preis zuerteile, Abs. 2 Satz 2; § 659 Abs. 1 ist nicht anwendbar. Gerichtliche Entscheidung darf darüber nicht angerufen werden; das ist stillschweigende Bedingung des in der Auslobung abgegebenen Versprechens und wird auch vom Gesetze positiv aufgestellt. Selbst wegen angeblicher Unreellität der Entscheidung oder mangelnder Unparteilichkeit ist eine Anfechtung nicht begründet.

b) Der Auslobende muß **die Entscheidung in der Regel selbst fällen**, darf sich jedoch zweifelsohne dazu eines Beirates oder Gehilfen bedienen. Ist, wie üblich, in der Auslobung selbst ein besonderer **Preisrichter** genannt, so erfolgt nach Abs. 2 die Bestimmung lediglich durch ihn: eine vom Auslobenden selbst getroffene würde alsdann gar nicht verbindlich sein. Anders wohl, wenn der genannte Preisrichter die Entscheidung nicht abgeben will oder kann; es ist zu unterstellen, daß für solchen Fall das an sich vorhandene Recht des Auslobenden, das nur durch die Nennung des Preisrichters zurückgedrängt war, wieder auflebe. Ebenso, wenn die mehreren Preisrichter sich nicht einigen können, es sei denn nach der Auslobung eine Majorisierung unter ihnen statthaft.

c) Dem Recht des Auslobenden zur Preisbestimmung entspricht hier, analog wie bei der gewöhnlichen Auslobung wegen der Entscheidung unter den mehreren Mitwirkenden, eine dahingehende Pflicht; s. deswegen und wegen der Folgen der Nichterfüllung Bem. zu § 660. Der etwa ernannte Preisrichter dagegen ist höchstens dem Auslobenden, nicht dem Bewerber gegenüber zur Fällung des Spruches verpflichtet.

d) Die Entscheidung erfolgt **durch einseitige Erklärung** des Auslobenden oder Preisrichters. Daß sie „empfangsbedürftig" sei im Sinne von §§ 130ff., behauptet Planck Nr. 4, gewiß mit Unrecht. Sind die Preisverkündungen der Universitäten etwa von der Anwesenheit der Bewerber abhängig?

Die Entscheidung ist nach Abs. 2 Satz 2 für die Beteiligten „verbindlich", d. h. sie müssen sie gegen sich gelten lassen, können sie nicht unter dem Gesichtspunkt der Unangemessenheit oder tatsächlichen Unrichtigkeit in Frage stellen. Dagegen kann sie natürlich (anders freilich wohl Staudinger Nr. 2d) nach allgemeinen Grundsätzen angefochten werden, insbesondere wegen Irrtums oder Täuschung — man denke an den unlängst vorgekommenen Fall, daß das preisgekrönte Werk sich nachher als Plagiat herausstellt! Die Bedenken Brückmanns, DJZ. 05 856 (für den Irrtumsfall), dürften nicht anzuerkennen sein.

Hatten **mehrere** Preisrichter den Entscheid abgegeben, so fragt es sich, ob alle anfechten müssen, um den Spruch zu beseitigen. Jedenfalls wird man mit **Brückmann** es genügen lassen, wenn so viele die Anfechtungserklärung abgeben, daß die zur Zuerkennung des Preises erforderliche Zahl oder Mehrzahl nicht mehr übrig bleibt.

5. **Werden mehrere Lösungen gleich würdig befunden** (so ist der Passus in Abs. 2 zu verstehen), so wird dieser Fall demjenigen gleichbehandelt, wenn bei der gewöhnlichen Auslobung mehrere gleichzeitig gehandelt haben; es kommen also die Regeln des § 659 Abs. 2 zur Anwendung, s. Bem. dazu.

6. **Das Eigentum an dem Werke** geht weder mit der Einsendung zur Bewerbung auf den Auslobenden über, noch ist selbst der preisgekrönte — um so weniger der nicht gekrönte — Autor zur Übertragung verpflichtet; es sei denn in der Auslobung das Gegenteil ausbedungen, Abs. 3. War letzteres der Fall, befand der Gekrönte sich aber darüber im Irrtum, so wird er die Bewerbung nach § 119 wegen wesentlichen Irrtums anfechten können.

Unter dem **„Eigentum"** ist offenbar sowohl das wirkliche Eigentum an der hergestellten Spezies, wie das sogen. „geistige Eigentum", das **Urheber- oder Erfinderrecht** an dem etwa hergestellten Geisteswerk, zu verstehen.

Über den Fall der „Anteilsausschreibung", wenn der Auslobende sich die Verwertung nur eines Teiles des preisgekrönten Werkes ausbedingt, s. **Crome**, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 516 ff.

Zehnter Titel.

Auftrag.

Vorbemerkung.

1 **Auftrag und Vollmacht:** Der zehnte Titel handelt in den §§ 662—76 von dem Auftrag (mandatum) als einem obligatorischen, zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten Rechte und Pflichten erzeugenden Rechtsgeschäft. Der **Auftrag** wird danach, im Gegensatz zu der verwischenden Behandlung des landrechtlichen „Vollmachtvertrages" (I, 13, §§ 5 ff.), **streng geschieden von der Vollmacht** (§§ 164 ff.), die sich nur auf das **externe** Verhältnis, die Frage, wie weit der eine Teil durch sein Handeln für und gegen den andern unmittelbar rechtliche Wirkungen zu erzeugen imstande sei, bezieht. Nach neueren Forschungen (s. namentlich **Lenel** in Jherings Jahrb. **36** 1 ff.) wird die Vollmacht überhaupt oder doch möglicherweise **nicht dem Bevollmächtigten**, sondern **dem dritten** erteilt, allenfalls durch Vermittelung des Vertreters selbst.

Vollmacht und Auftrag (s. über ihr Verhältnis auch **Laband** in der Zeitschr. f. HR. **10** 203 ff.) gehen nicht nur auf verschiedene Seiten desselben Verhältnisses, sondern sind auch in ihrer Existenz von einander unabhängig; es gibt Vollmachten ohne Auftrag (so beim „procurator in rem suam", auch z. T. beim Generalbevollmächtigten), aber auch Aufträge ohne Vollmacht (so beim Kommissionär und überall da, wo der aufgetragene **Akt** keine Rechtshandlung darstellt).

2. a) Der Auftrag muß nach BGB. **unentgeltlich** sein, anders als nach den Vorschlägen des ersten Entwurfes. Damit ist das neue Recht zu der altrömischen Auffassung **zurückgekehrt** („mandatum nisi gratuitum nullum est", l. 1 § 4 D. h. t. 17,1), eine Auffassung, die bereits im spätrömischen Extraordinarverfahren und erst recht im Gemeinen Recht verlassen war, auch in den meisten modernen Gesetzbüchern mit Ausnahme des Sächsischen (§§ 1295, 1299), in der Sache keine Anerkennung gefunden hatte.

Damit sind alle Fälle einer **entgeltlichen** Geschäftsbesorgung aus der Materie des Auftrages ausgeschieden und denen des Dienst-, möglicherweise auch

Werkvertrages zugewiesen (s. Vorbem. vor §§ 611 und 631), jedoch sollen darauf gemäß § 675 die Regeln unseres Titels zum großen Teil Anwendung finden. Nur die entgeltliche Geschäftsbesorgung gehört nach § 662 zum Gebiet des Auftrages. Zweifelhaft ist, wie es mit solchen unentgeltlich übernommenen Dienstleistungen stehe, die nicht Geschäftsbesorgungen darstellen. Daß es solche im allgemeinen gebe (s. auch altes HGB. Art. 290), folgt für das BGB. unwiderleglich aus § 675, der aus der Gesamtheit der Dienst- und Werkverträge die auf eine Geschäftsbesorgung gerichteten als eine besondere, engere Gruppe heraushebt, s. Bem. dazu, anders Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 14ff. Demgegenüber bleibt nur eine doppelte Möglichkeit:

α) Man versteht den Ausdruck Geschäftsbesorgung in § 662 in einem anderen, engeren Sinn als in § 675 und bezieht alle unentgeltlichen Dienstleistungen irgend welcher Art unter den Auftragsbegriff ein. So Siméon, Recht und Rechtsgang S. 444 und meine Aufl. 1 zu §§ 661 und 675.

β) Oder man entschließt sich nicht zu diesem immerhin mißlichen Aushilfsmittel, dann ergibt sich die unvermeidliche Folgerung, daß die unentgeltlichen, nicht auf Geschäftsbesorgung gerichteten unentgeltlichen Dienstleistungen überhaupt nicht gesetzlich geregelt seien. So in der Tat Isay, Geschäfsführung S. 96; Lenel, Iherings Jahrb. 44 35.; Bernau das. S. 234—5, dieser unter beachtenswerter Berufung auf die Entstehungsgeschichte; ähnlich auch Crome § 253, II; Engelmann-Staudinger zu § 662 Nr. 4d. Dem glaube auch ich mich nunmehr anschließen zu müssen. Die Abgrenzung vom Auftrag ergibt sich aus den Bem. zu § 675. Immerhin ist die erhebliche Verwandtschaft derartiger Fälle mit dem wahren Auftrag nicht zu verkennen, und es dürfte mit Crome einer entsprechenden Anwendung der Auftragsregeln das Wort zu reden sein, während eine solche der Regeln des Dienst- oder Werkvertrages wohl höchstens ausnahmsweise passend erscheinen dürfte. In manchen Fällen solcher Art wird überhaupt wohl ein ernsthafter Verpflichtungswille fehlen.

b) Der Auftrag ist nach dem BGB. noch mehr, als im bisherigen Recht, ein wesentlich **einseitig verpflichtendes Geschäft**, im Gegensatz zum zweiseitigen Dienstvertrage, ein contractus bilateralis inaequalis. Wesentlich sind ihm Verpflichtungen des Beauftragten, nur akzidentell können solche des Beauftragten hinzutreten (s. §§ 669ff).

Die nachträgliche Gewährung eines Honorars bagegen ist durchaus mit der Eigenart des Auftrages vereinbar; nur die Übernahme der Verpflichtung darf nicht entgeltlich erfolgen. Das hernach freiwillig gewährte Honorar wird auch, unbeschadet unseres Satzes, nicht als Schenkung aufzufassen sein, höchstens als solche im Sinne des § 534. So auch Prot. S. 352.

3. a) Der Auftrag geht auf die **Besorgung eines Geschäftes**. Dies kann — weder der Wortlaut des § 662 noch der Sinn erheischen oder gestatten auch nur eine engere Auslegung — **beliebiger Art** sein. Insbesondere braucht es **nicht** den Charakter einer **Rechtshandlung** zu haben (z. B. Abschluß eines Vertrages, Führung eines Prozesses), im Gegensatz zu einer früher durch den Mangel einer scharfen Scheidung zwischen Auftrag und Vollmacht hervorgerufenen und auch in das Preußische Landrecht (s. Dernburg, Privatrecht II § 180 Nr. II) übergegangenen Lehre. Es kann der Auftrag vielmehr auch auf Vornahme **bloß faktischer Handlungen** gehen, sofern sie nur eine Geschäftsbesorgung darstellen, z. B. Überbringung von Gegenständen an einen dritten Ort, Zusammenstellen eines Rundreisebillets, Niederschrift eines Briefes, da und soweit das Geschäftsbesorgungen sind (Bem. 1b zu § 675).

b) **Um wessen Geschäfte muß es sich handeln?** Die Römer unterschieden mandatum mea, aliena und tua gratia und ließen nur aus den ersten beiden Typen eine vertragsmäßige Verbindlichkeit entstehen, während sie in der letzten einen an sich **unverbindlichen Rat** erblickten, l. 2 § 6 h. t.

Ähnliches ist für das neue Recht anzunehmen. Daß der Jemandem erteilte Rat, ein eigenes Geschäft zu besorgen, im allgemeinen kein Vertragsverhältnis begründet, ergibt sich nicht nur aus dem regelmäßigen Fehlen eines Verpflichtungswillens, sondern ist auch in § 676 ausgesprochen, s. Bem. dazu. Aber auch wenn ausnahmsweise eine vertragsmäßige Bindung beabsichtigt sein sollte, handelt es sich dabei schwerlich um einen Auftrag; denn man wird immerhin nicht sagen können, daß der „Beauftragte" das Geschäft, wie es § 662 voraussetzt, „für den Auftraggeber" führt. Näher liegt vielmehr die Annahme eines Garantie- oder ähnlichen Vertrages, womit übrigens der

Möglichkeit einer analogen Anwendung der Sätze unseres Titels auf derartige Fälle nicht zu nahe getreten werden soll.

Wenn das RG. 3S. V vom 23. XI. 1904, Bd. 59 Nr. 55 S. 191 auch in der Erteilung einer Sicherheitszession einen Auftrag sieht, so dürfte das zwar nicht, wie das RG. will, „begrifflich" notwendig sein, kann aber möglicherweise, vielleicht meistens, zutreffen und läßt sich keinesfalls aus dem eben Gesagten widerlegen. Denn die Einziehung der Forderung liegt zwar zunächst, aber nicht allein im Interesse des Beauftragten, da ihr Ergebnis zugleich auf das Kausalverhältnis zwischen ihm und dem Auftraggeber einzuwirken bestimmt ist.

Dagegen macht es keinen Unterschied, ob das Geschäft **dem Geschäftskreise des Auftraggebers oder eines dritten** angehört; der oben erwähnte Passus des § 662 kann das um so weniger in Frage stellen, als wohl fast ausnahmslos in dem Interesse des dritten zugleich irgend ein solches des Auftraggebers (etwa Schenkung, Schulderfüllung, Geschäftsführung) seine Realisierung finden wird. Auch das ist möglich, daß das Geschäft dem Auftraggeber mit einem dritten oder selbst dem Beauftragten gemeinsam ist, z. B. ich beauftrage meinen Freund X., für mich und ihn zusammen eine Wohnung zu mieten, ein Haus zu kaufen.

c) Damit ein Auftrag im Sinne der §§ 662 ff. zustandekomme, muß die Pflicht zur Geschäftsbesorgung durch einen besonderen Vertrag übernommen sein. Nicht hierhin (s. auch Bekker, Jherings Jahrb. **49** 16) gehören die zahlreichen Fälle, wo Recht und Pflicht zur Geschäftsbesorgung sich aus einem bereits vorhandenen anderweiten Schuldverhältnis entwickeln, z. B aus einem Dienstverhältnis, das den Arbeiter verpflichtet, auf einen „Auftrag" des Dienstherrn so oder so zu handeln. Es ist also kein Auftrag im Rechtssinn, wenn die Herrin die Köchin zu Einkäufen auf den Markt schickt, der Prinzipal seinem Korrespondenten den Entwurf eines Briefes, einer Eingabe anbefiehlt. Von Vorschußpflicht, Kündigungsrecht usw. ist dabei überall keine Rede; die Rechtswirkungen bestimmen sich vielmehr durchweg aus dem besonderen Kausal-, meist Dienstverhältnis.

Das führt zugleich zur Stellungnahme gegenüber dem neuerdings von Isay, Geschäftsführung, 1900, unternommenen beachtenswerten Versuch, einen allgemeinen Begriff der Geschäftsführung zu gewinnen. Dahin sollen außer dem Auftrag auch die Tätigkeiten des Geschäftsführers ohne Auftrag, Vormunds, Testamentsvollstreckers, Ehemanns gehören. Der Auftrag hat nur die Bedeutung, Recht und Pflicht der Geschäftsführung zu erzeugen; er ist der auf unentgeltliche Geschäftsübernahme gerichtete Vertrag. Die Geschäftsführung selbst vollzieht sich dagegen gleichmäßig, mag sie auf Auftrag oder einem sonstigen Rechtsgrund beruhen, Isay S. 20, 41. Ähnlich auch Crome § 252, wesentlich abweichend dagegen Fr. Leonhard, KrVJSchr. **44** 408 ff.

M. E. ist eine derartige Loslösung der Geschäftsbesorgung selbst in Eigenart, Dauer, Verantwortlichkeit usw. von dem ihr zugrunde liegenden besonderen Kausalverhältnis kaum durchführbar, dieses vielmehr dafür von weittragender Bedeutung. Andererseits ist eine inhaltliche Verwandtschaft der auf Geschäftsführung gerichteten Verträge und Schuldverhältnisse zweifellos anzuerkennen, und die Systematik hat, wie Cromes Vorgang zeigt, das gute Recht, sie zu einer einheitlichen Gruppe zu vereinigen, soweit das nicht zu einer Vermischung der nicht nur genetischen, sondern in erheblichem Umfang auch inhaltlichen Unterschiede im einzelnen führt.

4. **Abgrenzung von anderen Verträgen:**

a) **die vom Dienst- und Werkvertrag** ist oben gegeben, s. Bem. 2.

b) **vom Verwahrungsvertrag** unterscheidet der Auftrag sich nicht nur durch die jenem als wesentliches Moment fehlende Unentgeltlichkeit, sondern auch und vorzüglich dadurch, daß dort keine positive Geschäftsbesorgung, sondern nur die minder weitgehende Verpflichtung der Aufbewahrung übernommen wird. Es fehlt beim Verwahrungsvertrage die **besondere Aktivität**, die einer Geschäftsbesorgung wesentlich ist; nur nebensächlich kann aus ihm ein eigentliches Handeln verlangt werden, sofern der Verwahrungszweck es erheischt, s. l. 1 § D. 16,3, Dernburg, Pand. II § 92 No. 3. Die Grenzen zwischen beiden Verträgen können also im Einzelfall flüssig sein, und es hindert nichts, unter Umständen ein Mischgeschäft anzunehmen, auf das die dafür passenden Sätze des einen wie des andern Titels anzuwenden sind.

c) Der im Landrecht verselbständigte **Verwaltungsvertrag** (I, 14, §§ 109 ff.) läßt sich im BGB. von dem, auf faktische Handlungen ausgedehnten Auftrage nicht mehr abgrenzen; er wird bei Unentgeltlichkeit mit ihm, bei Entgeltlichkeit mit dem Dienstvertrage meist zusammenfallen; möglicherweise liegt auch ein gemischtes Geschäft —

etwa, wie beim Hausverwalter, aus Bestandteilen der Miete und des Dienstvertrages — vor; s. Mot. S. 529.

5. **Die Haftung des Beauftragten** ist vom BGB. nicht besonders gestaltet; er hat also trotz der fehlenden Vergütung, ähnlich wie in Rom für culpa levis, aber anders als im Landrecht, gemäß dem allgemeinen Prinzip des § 276 für die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aufzukommen.

6. Der Auftrag kann natürlich sowohl **ausdrücklich wie stillschweigend** übernommen werden; sein **Umfang** bemißt sich nach der gemäß der Sachlage zu unterstellenden Intention der Parteien. Unbekannt ist dem BGB. die preußische Bestimmung, daß es zu gewissen Geschäften eines Spezialmandates bedürfe.

7. Besonderes enthält das BGB. über den **Kreditauftrag**, § 778, sowie die **Anweisung**, §§ 783ff., s. Schlußbemerkung zu § 676.

8. Ein großer Teil der Sätze des vorliegenden Titels findet „entsprechende Anwendung" auf andere Verhältnisse: so die §§ 664—70 auf die Geschäftsführung des Vorstandes rechtsfähiger Vereine (§ 27 Abs. 3) und der Gesellschafter (§ 713); die §§ 664, 666—8, 670, 673 Satz 2 und 674 Abs. 1 auf das Verhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Erben (§ 2218); s. auch oben Nr. 2a.

§ 662.

Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen.

E. I 585, E. II 593, RB. 649. — Mot. S. 525—30, Prot. II S. 351—52.

S. im allgemeinen das in der Vorbemerkung Gesagte. Zu bemerken ist noch:

1. Der Vertrag kommt, trotz des insoweit mißverständlichen Ausdruckes „Auftrag", natürlich nicht durch die einseitige Aufforderung des Auftraggebers zustande, sondern nach allgemeinen Regeln erst durch **die Annahme**, das wird in § 662 zur Vermeidung von Mißverständnissen noch besonders betont. — Über die Form des Vertrages gelten die allgemeinen Regeln, Erteilung wie Annahme können insoweit auch stillschweigend geschehen, doch ist ein mandatum praesumtum dem BGB. unbekannt, Kuhlenbeck, Vorbem.

2. Wenn der § 662 von **„einem übertragenen Geschäfte"** spricht, so wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß **eine Mehrheit** von Geschäften in einem einzigen Auftrage übertragen werden könne. Und zwar kann diese Vielheit zu besorgender Geschäfte mehr oder weniger genau individualisiert sein, sofern nur die nach den allgemeinen Regeln erforderliche genügende Bestimmtheit der Leistung gewahrt wird.

§ 663.

Wer zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, ist, wenn er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt, verpflichtet, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. Das Gleiche gilt, wenn sich jemand dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat.

E. I 587, E. II 594, GB. 650. — Mot. S. 530, Prot. II S. 353—4.

1. **Allgemeines**: Die Annahme oder Ablehnung eines Auftrages ist in der Regel Sache des freien Beliebens des Beauftragten, er müßte sich denn durch einen Vorvertrag oder auf sonstige Weise dem Auftraggeber wirksam von vornherein zur Annahme der an ihn gelangenden Aufträge verpflichtet haben oder gelegentlich einer ihm erteilten Konzession u. dergl. öffentlich-rechtlich dazu verpflichtet worden sein.

Auch zu Ungunsten der in § 663 aufgeführten Personen ist eine Ausnahme von dieser Regel im Grunde **nicht** gegeben:

a) Ein **„Rechtszwang zum Kontrahieren"** (s. darüber Biermann in Iherings Jahrb. 32 266 ff.) trifft sie grundsätzlich **nicht**; sie können, ohne sich verantwortlich zu machen, den Auftrag ablehnen.

b) Anders als nach dem alten HGB. Art. 323 (neues: § 362) und dem SächsGB. § 1298 wird nicht einmal ihr **Stillschweigen** schlechthin als Übernahme des Auftrages gedeutet. Daß sie darin zu finden sein kann und in derartigen Fällen nach dem Satze „qui tacet consentire videtur, si loqui debuisset ac potuisset" sehr oft zu finden sein wird, ist selbstverständlich und wird durch § 663 nicht in Frage gestellt, s. auch Cosack § 143, VI, 2. Ist dem so, so haftet der Betreffende geradezu auf **Leistung** und bei deren Unterbleiben auf das **positive**, nicht bloß negative, **Vertragsinteresse**.

c) Davon abgesehen, schafft die Unterlassung einer unverzüglichen Ablehnungsanzeige für den Beauftragten zwar kein Präjudiz auf Annahme des Auftrages, wohl aber ist sie nach § 663 eine **Pflichtwidrigkeit**, die zwar nicht schlechthin, aber nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze, also im allgemeinen unter Voraussetzung eines Verschuldens, einen Anspruch auf Schadensersatz begründet.

Da ein Vertrag nicht zustande gekommen ist, so kann nicht das positive, sondern nur **das negative Vertragsinteresse** im Sinne von § 122 BGB. (s. Bem. dazu) gefordert werden; ob und inwieweit sich der Anspruch darauf in Art und Voraussetzungen nach den Regeln der unerlaubten Handlungen, §§ 823 ff. bestimme, darüber s. die auch hier verwertbare Bem. 8 zu § 307: die Frage ist danach grundsätzlich zu verneinen.

Die Folgen der Nichtanzeige sind sonach dieselben wie nach § 30 der RAO. vom 1. VII. 1878 (Mot. S. 530), aber anders als im Handelsrecht nach § 362 cit.

2. Vorausgesetzt ist in Satz 1 eine **öffentliche Bestellung oder ein öffentliches Erbieten zur Besorgung** der in Frage stehenden Geschäfte. Diese Voraussetzungen sind dem § 372 (jetzt: 407) ZPO. entlehnt, nur daß dort eine öffentliche Ausübung zum Erwerbe verlangt wird; es kann daher im allgemeinen die Literatur und Rechtsprechung dazu auch für unsere Satzung verwendet werden; über den Begriff des „öffentlich" s. auch Bem. zu § 657.

Unter der „öffentlichen Bestellung" ist m. E. nicht, wie Seuffert, Kommentar zu § 407 cit. Nr. 2 meint, nur eine vom Staat oder einem staatlichen Verbande vollzogene zu verstehen, sondern auch eine von einem Privatverein, nur unter Wahrung der erforderten Publizität, ausgehende (z. B. jemand ist als Vereinssyndikus oder -arzt bestellt). Denn jedenfalls das zu zweit genannte „öffentliche Erbieten" hat keinerlei behördlichen Charakter; sonderbar und irreführend wäre es aber, wenn dasselbe Wort „öffentlich" in einem Satze mit so ganz verschiedener Bedeutung gebraucht sein sollte!

3. Über den Begriff des **„unverzüglich"** s. § 121 und Bem. dazu („ohne schuldhaftes Zögern").

4. **Die Bedeutung** des § 663 ist für das Gebiet des Auftrages **gering**, da es sich in den möglicherweise darunter zu bringenden Fällen meist entweder um Beamte handelt, mit denen kein privater Vertrag geschlossen wird, oder um entgeltliche Geschäftsbesorgungen. Einzelne leugnen überhaupt die Möglichkeit einer unentgeltlichen Geschäftsbesorgung im Sinne des § 663, doch dürfte das zu weit gehen: mögliche Fälle wären etwa die des Armenarztes; des Syndikus eines Vereins, der gegen eine feste von der Vereinskasse zu zahlende Entlohnung den Mitgliedern im Einzelfall unentgeltliche Rechtsbelehrung zu erteilen versprochen hat; der Auskunftsstelle, die sich in Badeorten oder Sommerfrischen den Fremden unentgeltlich eine Wohnung nachzuweisen erboten hat. Auch der Fall der Vermietungs- und Mäklerinstitute, die den Reflektanten unentgeltlich Mietswohnungen oder Grundstücke nachweisen, ist hierherzuziehen; ihr Verhältnis zum Vermieter oder Verkäufer ist freilich das eines Mäklers, aber dem Mieter gegenüber haben sie sich öffentlich zu einer unentgeltlichen Geschäftsbesorgung erboten. Ferner (Beispiel von Hellmann, KrVJSchr. 41 221): ein Bankier ist von einer Aktiengesellschaft „bestellt", um unentgeltlich die Vorlegung von Aktien zum Umtausch zu besorgen.

Immerhin bleiben das Ausnahmefälle; die Hauptbedeutung des § 663 liegt darin, daß er laut § 675 auch auf Dienst- und Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, Anwendung findet.

§ 664.

Der Beauftragte darf im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem dritten übertragen. Ist die Übertragung gestattet, so hat er nur ein ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Für das Verschulden eines Gehilfen ist er nach § 278 verantwortlich.

Der Anspruch auf Ausführung des Auftrags ist im Zweifel nicht übertragbar.

E. I 588—9, E. II 595, RV. 651. — Mot. S. 530—4, Prot. II S. 354—7.

1. **Allgemeines:** Der Auftrag beruht beiderseits auf besonderem Vertrauen und den persönlichen Verhältnissen der Parteien; daraus erklären sich die Auslegungsregeln des § 664, wonach im Zweifel weder der Beauftragte für die Ausführung des Auftrages sich einen Substituten bestellen (Abs. 1), noch der Auftraggeber den Anspruch auf Ausführung des Auftrages einem andern übertragen darf (Abs. 2). Die erstere Bestimmung, die beim Verwahrungsvertrag wiederkehrt (§ 691), entspricht den neueren Gesetzbüchern, so dem Landrecht I 13, § 37, und dem SächsGB. § 1307, während im Gemeinen Recht die Substitutionsbefugnis dem Mandatar von der herrschenden Meinung (s. Dernburg, Pand. II § 116 Nr. 1a, weniger weitgehend Windscheid II § 410 No. 5) im allgemeinen gewährt wird, ebenso im Französischen Recht.

Es handelt sich aber, wie gesagt, in beiden Fällen nur um **Auslegungsregeln,** nicht einmal um dispositive Rechtsnormen (s. Stammler S. 55ff.); sie können also sowohl ausdrücklich wie stillschweigend, nach dem erkennbaren Parteiwillen, außer Kraft gesetzt werden. Aber auch wenn das nicht der Fall ist, wird doch in vielen Fällen wenigstens das zu unterstellen sein, daß der Beauftragte die Ausführung eventuell, falls sie ihm infolge späterer, unvorhersehbarer Ereignisse persönlich unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden sollte, einem Substituten anvertrauen darf, unter Umständen dazu nach dem Sinn des Abkommens sogar verpflichtet ist. Ein solches Recht dürfte auch schon aus § 665 folgen. Statthaft ist überhaupt in der Regel die Zuziehung bloßer **Gehilfen,** denen der Beauftragte nicht die Ausführung des Auftrages insgesamt überläßt, die er vielmehr unter seiner verbleibenden Oberleitung dabei zuzieht. Das ergibt sich nicht nur aus der allgemeinen Zulässigkeit einer solchen Gehilfenschaft, die für den Auftrag auszuschließen es unbedingt einer Sonderbestimmung bedurft hätte, sondern auch aus der offenbar gegensätzlichen Behandlung des Substituten und Gehilfen gerade in § 664 selbst.

2. **Haftung des Beauftragten für Substituten.** Man muß scheiden, ob er sie befugter oder unbefugter Weise verwendet hatte:

a) **Ersterenfalls** haftet er nach Abs. 1 Satz 2 nur für ein ihm **„bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden".** Ein solches kann gefunden werden:

α) in Unachtsamkeit bei Auswahl des Substituten, sogen. culpa in eligendo.

β) in Unterlassung einer ausreichenden Mitteilung über die erfolgte Substitution an den Auftraggeber, wodurch dieser hernach zu Schaden kommt, sowie in Unachtsamkeit bei den dem Substituten erteilten Instruktionen (Engelmann-Staudinger Nr. 2b).

Dagegen haftet er nicht auch:

α) schlechthin für das Verschulden der Substituten im Sinne von § 278.

β) auch nicht einmal für sogen. culpa in custodiendo.

Beides ergibt sich durch Umkehrschluß aus Satz 2.

Dies um deswillen, weil die, einmal zugezogenen, Substituten freier dastehen als bloße Gehilfen und einer Aufsicht des ursprünglichen Beauftragten gar nicht unterstellt sind.

b) hat der Beauftragte sie dagegen, der Regel entsprechend, **zuzuziehen kein Recht** gehabt, so hat er mit der Verwendung der Substituten eine Vertragspflicht verletzt und **haftet** folgerecht nach allgemeinen Grundsätzen **für allen Schaden,** der daraus direkt oder auch nur indirekt entsteht, ohne Rücksicht darauf, ob ihn im übrigen eine culpa in eligendo trifft, ja selbst darauf, ob der Schaden durch Verschulden des Substituten unmittelbar hervorgerufen wurde. Hätte man ihn in diesem

Falle für dessen Verhalten nur nach Art von § 278, also bei Verschulden, haften lassen wollen, so hätte das Gesetz das besonders vermerken müssen, anstatt, wie aus Satz 1 im Verhältnis zu Satz 3 zu entnehmen, beide Fälle gegensätzlich zu behandeln. So auch Mot. S. 534. Das Gemeine Recht und Landrecht § 38 cit. gingen allerdings weniger weit.

3. **Haftung für Gehilfen:** a) **Waren sie**, wie hier zu unterstellen, **befugtermaßen zugezogen**, so haftet der Beauftragte für sie nach der allgemeinen, hier zum Überfluß noch besonders für anwendbar erklärten Regel des § 278, s. Satz 3.

b) Aber wie, wenn ihm **die Zuziehung** nach der besonderen Abrede **untersagt war?** Wörtlich genommen, würde auch in diesem Falle nach dem unterschiedslos redenden Satz 3 ihn nur eine Haftung wegen Verschuldens der Gehilfen treffen; so lehrt denn auch Kuhlenbeck Nr. 1 Abs. 3. Trotzdem glaube ich den Beauftragten auch hier in der schärferen Weise wie nach Nr. 2b haften lassen zu sollen, da und soweit er den entstehenden Schaden durch sein vertragswidriges Benehmen indirekt selbst verursacht hat. Anders natürlich, sofern der schädigende Zufall sich auch ohne Zuziehung der Gehilfen ereignet haben würde, denn dann ist der Kausalnexus zwischen der Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden unterbrochen.

4. **Verhältnis des Machtgebers zu den Substituten und Gehilfen:**

a) Im allgemeinen bleiben die Beziehungen der Parteien auch bei (befugter) Zuziehung eines Substituten bestehen; im Gegensatz zum Landrecht § 40 tritt letzterer nach BGB. keineswegs in ein direktes Verhältnis zum Auftraggeber. Verletzt der Substitut in vertretbarer Weise sein Interesse, so kann der Auftraggeber, von den etwaigen Ansprüchen aus der Geschäftsführung oder aus unerlaubten Handlungen nach §§ 823ff. abgesehen, deswegen nur vom Beauftragten nach § 281 Abtretung der diesem gegen den schuldhaften Substituten erwachsenen Ansprüche fordern. So auch überall ll. 5 § 3, 20 (21) § 3 D. de neg. gestis 3, 5; l. 8 § 3 D. h. t. 17,1. Das in der Kommission von einer Seite hervorgehobene Bedenken, daß es an einem Schaden des Beauftragten insoweit fehle, als er dem Auftraggeber bei Beachtung der diligentia in eligendo nicht hafte, trifft nicht zu: er hat immer ein Interesse daran, dem Auftraggeber gegenüber seine Leistungspflicht erfüllen oder ihm dafür einen Ersatz verschaffen zu können, mag er selbst für die Folgen der Nichterfüllung nicht gerade rechtlich verantwortlich sein, und darum muß man ihm mindestens einen Anspruch gegen den Schuldner auf Entschädigung des dritten gewähren. Die römische Begründung freilich: „habebit actionem, quia et ipse tenetur; tenetur autem, quia agere potest" mag „einen Zirkelschluß darstellen" (Prot. S. 356). S. Vorbem. 3b vor § 249.

Die Parteiabsicht kann auch dahin gehen, daß der Beauftragte gerade zur Vermittelung eines direkten Vertragsverhältnisses zwischen dem Auftraggeber und dem zuzuziehenden Substituten ermächtigt wird. Dann liegt aber im Grunde keine bloße Substitution mehr vor, sondern das alte Auftragsverhältnis erlischt für den Bereich der Substitution als nunmehr erfüllt, und ein neues zwischen dem Auftraggeber und dem dritten tritt an seine Stelle. Daß die befugte Substitution in der Regel (so Dernburg § 296, I, 5) oder überhaupt (so Fischer, s. Bem. 2bb zu § 278) diese Wirkung habe, läßt sich nicht erweisen; s. dagegen RG. vom 30. 11. 1903, Rspr. IX, S. 295, wo mit Recht alles auf den besonderen Fall abgestellt wird.

b) Noch viel weniger tritt der unbefugt zugezogene Substitut in direkte Beziehungen zum Auftraggeber; höchstens könnte er als negotiorum gestor desselben beurteilt werden, s. l. 5 § 3 cit., falls die besonderen Voraussetzungen dieser Rechtsfigur erfüllt sind; s. auch Dernburg aaO.

c) Daß die bloßen Gehilfen nur zu dem sie anstellenden Mandatar in ein vertragsmäßiges Rechtsverhältnis treten, ist selbstverständlich.

Dagegen ist mit Isay, Geschäftsführung S. 76 die Möglichkeit anzuerkennen, daß zwischen ihnen und dem Geschäftsherrn das Schuldverhältnis der Geschäftsführung entstehe. Immerhin kann dies nur sekundärer, besser subsidiärer Natur sein: sie tritt, wie schon Windscheid II § 431 Anm. 5—6 für das Pandektenrecht erwiesen hatte, nur in dem Notfall ein, wenn zwischen den Gehilfen und seinem Kontrahenten (dem Mandatar) aus irgend einem Grunde kein gültiges Schuldverhältnis zustande gekommen war. So auch Isay.

5. **Anwendbarkeit des § 664 auf die auftraglose Geschäftsführung** (sowie auf sonstige Geschäftsführungsverhältnisse)? Dafür Isay S. 114ff. — wohl mit Recht, doch ist die Anwendung überall natürlich nur eine entsprechende.

§ 665.

Der Beauftragte ist berechtigt, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Der Beauftragte hat vor der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

E. I 590, E. II 596 RV. 652. — Mot. S. 535—6, Prot. II S. 357.

1. **Anweisungen des Auftraggebers:** Es ist eine wesentliche Pflicht des Beauftragten, den Vorschriften des Auftraggebers genau nachzukommen, und zwar **nicht nur den anfänglichen**, sondern auch den **nachträglich erteilten**. Allerdings ist zwischen beiden Kategorien ein wesentlicher Unterschied vorhanden: Die in dem übernommenen Auftrage selbst enthaltenen hat der Beauftragte ohne weiteres, auf Grund seines Versprechens, zu erfüllen, mögen sie ihm auch noch so beschwerlich sein. Dagegen die später vom Auftraggeber einseitig erteilten sind für den Beauftragten nur insoweit unbedingt verbindlich, als es nach der Eigenart des besonderen Vertragsverhältnisses dem Auftraggeber zustand, durch Anweisungen den Inhalt der Tätigkeitspflicht des Beauftragten näher zu spezialisieren. Wann dem so sei, ist Tatfrage; es wird in der Regel um so viel weniger zutreffen, je genauer von vornherein der Inhalt der auftragsmäßigen Tätigkeit vertragsmäßig umschrieben ist.

Soweit dem Auftraggeber eine solche genauere Determinierung des Auftrages nicht unbedingt zusteht, brauchen seine Anweisungen vom Beauftragten, der sich nicht auch zu ihrer Befolgung ausdrücklich oder, etwa durch widerspruchslose Entgegennahme, stillschweigend verpflichtet hat, nicht ohne weiteres beachtet zu werden, sondern nur, soweit dadurch seine Stellung nicht erheblich erschwert wird. Hat sich z. B. jemand verpflichtet, für mich in London ein Geschäft zu vermitteln, so kann ich ihn nicht durch nachträgliche Anweisung zur Verlegung des Ortes der Vermittelung nach New-York zwingen. Daß aber der Beauftragte zur Beachtung nachträglicher, ihn weiter nicht belastender Anweisungen des Auftraggebers gar nicht verpflichtet sei, läßt sich nicht füglich behaupten; es verstieße gegen das Prinzip von Treu und Glauben (§ 242) und die dem Mandat kraft seiner Eigenart notwendig innewohnende allgemeine Direktionsbefugnis des Auftraggebers, die ihm, dessen einseitigen Interessen das Geschäft dient, nicht entzogen werden darf. Dem entspricht es auch, wenn § 665 nur für gewisse Ausnahmefälle (s. Nr. 2) dem Beauftragten das Recht gibt, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, woraus sich für die Regel der Fälle ein argumentum a contrario gewinnen läßt. Aber andererseits steht der Beauftragte nicht, wie der Dienstpflichtige, unter der ständigen Leitung des Herrn und führt innerhalb der ihm durch die nachstehenden Bemerkungen gezogenen Schranken das Geschäft selbständig.

2. **Ausnahmen; Prinzip des § 665:** Von der Pflicht zur Befolgung der nach Nr. 1 für ihn verbindlichen Weisungen des Auftraggebers ist der Beauftragte nach § 665 dann entbunden, „wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde." Diese Ausnahme entspricht in ihrer Grundidee dem Vorgang der meisten modernen Gesetzbücher, so dem Landrecht und dem SächsGB. (§ 1304), aber wohl auch schon dem GemR., Dernburg, Pand. II § 116 No. 2. Sie ergibt sich im Grunde, ohne daß es besonderer Hervorhebung bedurft hätte, aus der Natur des Verhältnisses und dem vermutlichen Willen des Auftraggebers selbst. Durch ihn empfängt sie folgerecht auch ihre Begrenzung, greift also da nicht Platz, wo jener dem Beauftragten die Befolgung seiner Weisungen unter allen Umständen, ohne Rücksicht auf den Wechsel der Verhältnisse, anbefohlen hatte.

Von einer „Abweichung" läßt sich nicht überall da reden, wo der Beauftragte anders verfährt, als es ihm zunächst aufgetragen war. Wird z. B. die Erledigung des Geschäftes zu günstigeren Bedingungen möglich, als sie im Auftrage vorgezeichnet waren, z. B. der Preis der zu verkaufenden Gegenstände hebt sich infolge von Preissteigerungen oder Kursschwankungen, so erscheint die Verwertung dieser besseren Bedingungen nicht als ein gemäß § 665 erworbenes Recht, sondern als eine unmittelbare vertragsmäßige Pflicht des Beauftragten. Denn in dem Auftrag zur Geschäftsführung

unter minder günstigen ist zugleich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 157) ohne weiteres der zu den etwa möglichen besseren Bedingungen als selbstverständlich enthalten — in maiore minus! So auch RG. 56 Nr. 36 S. 150—1: legt der Beauftragte die eingezogenen Gelder, statt sie selbst zu verwahren, bei einer als sicher und kreditwürdig geltenden Bank an, so ist das, weil durch den vermutlichen Willen des Auftraggebers gedeckt, keine „Abweichung".

Eine solche liegt vielmehr nur (anders Aufl. 1) da vor, wo die Maßnahme dem ausdrücklichen oder durch Auslegung zu ermittelnden Vertragswillen des Auftraggebers nicht entspricht. Auch alsdann kann es kommen, daß eine genaue Befolgung des Auftrages infolge veränderter Umstände dem Auftraggeber minder vorteilhaft oder auch nur minder genehm sein würde, als die zu vollziehende Abweichung. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so darf der Beauftragte je nachdem den Auftrag selbst zu schlechteren Bedingungen, als ihm angewiesen, ausführen (z. B. er verkauft die zum Verkauf übergebenen Papiere, deren weitere Entwertung durch eine ausbrechende Krise oder Kriegsgefahr in sichere Aussicht gestellt wird, unter dem angegebenen Limito), nicht minder auch die Ausführung vorläufig suspendieren oder selbst ganz unterlassen.

Nicht nötig ist, daß die genaue Befolgung des Auftrages den Auftraggeber geradezu schädigen, es genügt, wenn sie ihm vermutlich nicht genehm sein würde; z. B. X. gab im Notstand den Auftrag zum Verkauf seines Hauses, seines Silbergerätes; der Beauftragte erfährt in Ausführung des Auftrages, die Erbtante des X. sei gestorben, und stellt daraufhin seine Bemühungen ein.

Daß überall ein gewisser **Wechsel der Umstände** eingetreten sein muß, um die Abweichung zu rechtfertigen, bestimmt das Gesetz zwar nicht ausdrücklich, es ist aber wenigstens für die große Mehrzahl der Fälle zu unterstellen: denn woher soll sonst die Annahme berechtigt sein, der Auftraggeber würde die Abweichung von seinen eigenen Anordnungen billigen?

3. **Pflicht zur Abweichung?** § 665 gibt in seinem Wortlaut dem Beauftragten nur das **Recht** zu Abweichungen der in Nr. 2 angegebenen Art; man wird ihm aber nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die „Rechte" zur Ausführung des Auftrages wesentlich auch Pflichten sind, unter Umständen sogar eine entsprechende **Verpflichtung** aufbürden dürfen. Dies unter zwei Voraussetzungen:

a) Wenn den Umständen nach anzunehmen ist, daß der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung nicht nur billigen, sondern geradezu anordnen würde; das kann man wohl aus § 665 im Wege der Analogie folgern.

b) wenn dadurch dem Beauftragten keine erhebliche Mehrbelastung erwächst.

Weiter zu gehen und mit Schollmeyer S. 122 ohne weiteres eine Pflicht des Beauftragten aufzustellen, daß er der veränderten Sachlage Rechnung trage, ist bedenklich: unmöglich kann diese Veränderung ihn zu lästigeren Maßnahmen verpflichten. Ähnlich wie hier Matthiaß S. 607—8.

4. **Anzeige und Wartepflicht.** Satz 2 legt dem Beauftragten die Pflicht auf:

a) **vor der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen.** Der Text ergibt mit zweifelloser Deutlichkeit, daß es tunlichst vor Erledigung des Geschäftes geschehen soll. Ist das nicht angängig, so muß die Anzeige wenigstens baldmöglichst gemacht werden.

Die Anzeige selbst ist eine einseitige Erklärung, s. darüber des näheren Bem. zu § 663.

b) Er muß ferner die **Entschließung des Auftraggebers abwarten** — wie lange, ist nicht bestimmt; man wird die Regeln des § 147 entsprechend zur Anwendung zu bringen haben. Ob und inwieweit Schweigen innerhalb der Frist als Annahme gilt, läßt sich nicht allgemein sagen. Für die Regel der Fälle möchte ich die Frage bejahen, da nach dem Gesamtinhalt des § 665 eine Einwilligung des Auftraggebers so lange zu unterstellen ist, bis er nicht seine abweichende Meinung kundgibt.

Bei Gefahr im Verzuge ist der Beauftragte der Wartepflicht enthoben; jedoch wird er nach dem Sinn und Wortlaut des Passus diese Ausnahme gegebenenfalls beweisen müssen.

5. **Folgen einer unstatthaften Abweichung:** Soweit nicht eine Abweichung von den Instruktionen nach dem unter Nr. 3—4 ausgeführten ausnahmsweise gestattet ist, hat der Beauftragte kein Recht dazu: der Auftraggeber braucht also ihretwegen das Geschäft nicht als für seine Rechnung vollzogen gelten zu lassen und kann den

Beauftragten bei Verschulden gemäß § 276 für den entstandenen Schaden verantwortlich machen.

Dazu ist jedoch folgendes zu bemerken:

a) selbstverständlich kann der Auftraggeber den in dieser Weise vollzogenen Auftrag **genehmigen** und dadurch für und gegen sich wirksam machen.

b) **Der Beauftragte** ist seinerseits in der Lage, dieselbe Wirkung hervorzurufen, indem er die durch die Nichtbefolgung seiner Instruktionen entstandenen Nachteile **aus seinen eigenen Mitteln ausgleicht**. So wenigstens nach dem richtig verstandenen Gemeinen Recht, l. 3 § 2, 4 D. 17, 1, dessen bezügliche Sätze als der Natur der Sache und dem Grundsatz der §§ 157, 242 entsprechend auch für das neue Recht anwendbar sein dürften. Das Bedenken der Mot. S. 536, daß damit dem Auftraggeber eine Schenkung aufgedrängt werde, trifft nicht zu: nicht nur fehlt die liberale Absicht, da ja der Beauftragte das Geschäft damit für den Herrn verbindlich machen, also auch für sich Rechte erwerben oder doch die sonst vorhandene Schadensersatzpflicht von sich abwälzen will, sondern auch die Bereicherung des Mandanten (§ 516), der ja nicht günstiger gestellt wird, als er gestellt zu werden nach dem Auftrag eine Anwartschaft besaß. Auch die Analogie des alten (Art. 364) und neuen (§ 386 Abs. 2) HGB. spricht für die hier vertretene Meinung.

c) Übrigens muß man — s. die zutreffenden Bemerkungen des RG. ZS. VII vom 14. IV. 1904, Bd. 57 Nr. 86 S. 392 — unterscheiden, ob durch die unstatthafte Abweichung die vertragsmäßige Ausführung des Auftrages unmöglich gemacht werde oder nicht. Der Auftraggeber kann, da er die vertragswidrige Ausführung nicht als maßgebend zu betrachten braucht, noch eine vertragsmäßige verlangen, soweit sie m ö g l i c h geblieben ist. Er kann dann den Beauftragten mahnen und ihn, wenn Leistungsverzug eintritt, auf die allgemeinen Verzugsfolgen in Anspruch nehmen; bei durch die inkorrekter Ausführung entstandener Unmöglichkeit der vertragsmäßigen auf Schadensersatz nach §§ 276 ff. Wenn das RG. für jenen Fall auch § 326, für diesen § 325 heranzieht, so war das für den besonderen Tatbestand richtig, da ein sogen. entgeltlicher Auftrag (§ 675) vorlag; bei einem nicht zu den gegenseitigen Verträgen gehörigen unentgeltlichen würde es nicht gerechtfertigt sein.

§ 666.

Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen.

E. I 591 [1], E. II 597, RV. 653. — Mot. S. 537—8, Prot. II. S. 357—60.

1. a) Die Bestimmung des § 666 entspricht dem früher überall geltenden Recht, s. wegen des GemR. D e r n b u r g, Pand. II § 116 Nr. 1d; ferner Landrecht I, 13, §§ 60—1, SächsGB. 1393, und vorzüglich dem Vorbild des HGB. Art. 361 hinsichtlich des Kommissionärs.

b) der Beauftragte muß demnach die **erforderlichen** Nachrichten geben, d. h. die nach der Eigenart des konkreten Geschäftes nötigen, n i c h t e t w a n u r die vom Auftraggeber besonders e r f o r d e r t e n. Es gehört dahin insbesondere die Anzeige von der Ausführung, event. auch von der Unausführbarkeit des Auftrages.

c) **auf Verlangen des Auftraggebers** muß er auch über das zu b) am Schluß Gesagte hinaus **„über den Stand des Geschäftes Auskunft erteilen"**, also z. B. über die Aussicht auf Zustandekommen, die Person des in Aussicht stehenden Gegenkontrahenten usw.

d) endlich muß er — dies wieder schlechthin, nicht nur auf Verlangen — **Rechenschaft ablegen**, womit gemäß § 259 eine Pflicht zur Rechnungslegung verbunden ist. S. Bem. zu § 259.

Wenn der Text diese Pflicht nur nach A u s f ü h r u n g des Auftrages eintreten läßt, so ist das offenbar zu eng; auch bei Beendigung des Auftrages auf andere Weise, etwa durch Verzicht oder Kündigung, muß dasselbe gelten, RG. 56 Nr. 29 S. 119: er muß überall Rechnung legen, s o w e i t er den Auftrag ausgeführt hat.

2. Ob die Bestimmung **zwingendes Recht** darstelle, da das Gegenteil dem Wesen des Verhältnisses durchaus zuwider wäre (so Aufl. 1), ist zweifelhaft; dagegen die meisten, so Ehrlich, Zwingendes und nicht zwingendes Recht S. 57; Engelmann-Staudinger Nr. 2. Jedenfalls hinsichtlich der Rechenschaftsablegung glaube ich meine Meinung aufrechthalten zu sollen, da das Gegenteil hier praktisch einem Freibrief für vorsätzliche Benachteiligung gleichkommen möchte, wie ihn das Gesetz nicht anerkennt.

§ 667.

Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben.

E. I 592, E. II 598, RV. 654. — Mot. S. 538—39, Prot. II S. 360—65.

1. Auch § 667 entspricht der Natur des Rechtsverhältnisses und dem früheren Recht, s. für das GR. l. 20 pr. D. h. t. („ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet"), ferner Landrecht I, 13, §§ 61 ff., Code Art. 1993, SächsGB. § 1310, HGB. Art. 361.

Die Herausgabepflicht des Beauftragten ergreift folgende Gegenstände:

a) **Das zur Ausführung des Auftrags Erhaltene**, also Geräte, Materialien, Gelder, Urkunden (s. l. 8 pr. D. h. t.). Sie alle, insbesondere die Gelder, braucht er natürlich trotz des allgemein lautenden Wortlautes nur insofern herauszugeben, als sie nicht bestimmungsgemäß durch die Ausführung des Auftrages konsumiert worden sind.

Muß der Beauftragte das in Ausführung des Auftrages empfangene Geld (mit der festgestellten Beschränkung) in Natur zurückgeben, oder nur eine entsprechende Quantität? Die Frage ist identisch mit der, ob er an dem Gelde Eigentum erwirbt, s. darüber Schloßmann in der Zeitschr. f. HR. Bd. 43 S. 515 ff. Allgemein wird man sie sicherlich nicht bejahen dürfen, sondern nur auf Grund einer ausdrücklichen oder aus der Sachlage zu entnehmenden stillschweigenden Gestattung der Aneignung seitens des Auftraggebers.

b) **„Das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte"**. Dahin gehören einmal die für den Auftraggeber erworbenen körperlichen Sachen, aber auch Rechte und Ansprüche, sowohl solche auf die noch ausstehende Gegenleistung, wie Ersatzansprüche wegen ihrer Beschädigung, Nichtlieferung usw., die der als mittelbarer Vertreter handelnde Beauftragte zunächst für sich erworben hat. Einerlei insoweit ob sie gegen den Vertragsgegner, gegen die angenommenen Substituten und Gehilfen, oder gegen dritte Beschädiger (nach §§ 823 ff.), entstanden sind. Auch die Ansprüche aus einer etwa auf die erlangten Sachen genommenen Versicherung zählen hierher.

Mit den Hauptgegenständen muß der Beauftragte auch alle **Akzessionen** — Früchte, Zinsen und überhaupt alle Nutzungen (§ 100) — herausgeben; dies war in den Entwürfen besonders hervorgehoben und ist nur, weil selbstverständlich, gestrichen.

c) Zweifelhaft ist die Herausgabepflicht wegen etwaiger **freiwilliger Extrazugaben des Gegenkontrahenten**. Man wird scheiden müssen, ob sie vorwiegend auf die Leistung gewährt sind (z. B. der sogen. „Rabatt", den die Berliner Honigkuchenhändler um die Weihnachtszeit vielfach ankündigen), oder **dem Beauftragten**, als Trinkgeld, sogen. Provision und dergl. **persönlich** zugewendet werden sollten, z. B. Zuwendungen der Kaufleute und Bäcker an das die Monatsrechnung bezahlende Dienstpersonal ihrer Kunden. Die Auffassung von Cosack § 144, II, 5c, Dernburg § 296 bei No. 19, Fischer-Henle Nr. 1 und Kuhlenbeck Nr. 1 (auch in den Prot. S. 360 vertreten), wonach der Beauftragte alle solche Zuwendungen herausgeben soll, beruht auf einer allzu engherzigen, dem Geiste des Gesetzes und den Absichten der Beteiligten nicht entsprechenden buchstäblichen Auslegung des Paragraphen. Solche Extrazuwendungen hat er schließlich doch auch weniger aus, als vielmehr nur gelegentlich der Geschäftsbesorgung erhalten.

Im Ergebnis übereinstimmend die meisten, so Crome § 252 Anm. 30, Engelmann-Staudinger Nr. 1b, Matthiaß S. 609, Planck Nr. 2. Ebenso OLG. Hamburg bei Seuffert 55 Nr. 84 S. 170, RG. JS. I, 8. VI. 1903, DJZ. 03 525.

Eine andere Frage ist die, ob der Beauftragte derartige persönliche Zuwendungen anzunehmen dem Auftraggeber gegenüber **berechtigt** ist. Dem ist natürlich nicht so, wenn es sich dabei, wie leider nicht selten, um verschleierte Bestechungen handelt. Aber man muß weiter gehen und grundsätzlich die Annahme aller solcher Gaben als unstatthaft verwerfen, die auch nur möglicherweise auf eine für den Auftraggeber ungünstigere Gestaltung der Geschäftsbedingungen von Einfluß sein könnten. Nur die erst nach der vollzogenen Geschäftsbesorgung empfangenen Zuwendungen dürften in der Regel unbedingt als einwandfrei zu gelten haben.

d) Noch weniger hat der Auftraggeber Anspruch auf das, was der Beauftragte aus selbständigen Geschäften erlangt, die mit der aufgetragenen Geschäftsbesorgung nur äußerlich in Zusammenhang stehen, Planck aaO.

2. Eine **gesetzliche Zession** der dem Beauftragten erwachsenen Ansprüche an den Auftraggeber ist dem Gesetze unbekannt. Wohl aber kann es kommen, daß jener auf Grund der direkten Stellvertretung und seiner Vollmacht die fraglichen Rechte unmittelbar für den Machtgeber erworben hat; dann trifft ihn die Herausgabepflicht höchstens wegen des Besitzes.

3. **Einwendungen des Beauftragten:** Er kann dem Anspruch des § 667 gegenüber bei Vorhandensein der allgemeinen Voraussetzungen das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 geltend machen, auch gegebenenfalls mit seinen etwaigen Gegenansprüchen aus § 670 aufrechnen, §§ 387 ff.

Daß der Anspruch auf Grund einer vom Mandatar nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Herausgabe ohne weiteres erlischt, ist selbstverständlich, s. §§ 275 ff.

§ 668.

Verwendet der Beauftragte Geld für sich, das er dem Auftraggeber herauszugeben oder für ihn zu verwenden hat, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen.

E. I 593, E. II 599, RB. 655. — Mot. S. 539—40, Prot. II S. 365.

1. Die **Verzinsungspflicht** nach § 668 entspricht gleichfalls dem bisher fast überall geltenden Recht, s. wegen des GR. l. 10 § 3 D. h. t. („quia bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat"), ferner Code Art. 1996, SächsGB. § 1311.

Es genügt für ihren Eintritt die Tatsache der vollzogenen Verwendung; Bösgläubigkeit des Beauftragten wird nicht erfordert, Mot. S. 539. Ebensowenig macht es einen Unterschied, ob die Verwendung ihrerseits zu produktiven oder unproduktiven Zwecken erfolgte, ob also der Beauftragte seinerseits von dem verwendeten Kapital Vorteile gezogen hat oder nicht. Unerheblich ist auch, ob ohne die Verwendung das Geld dem Auftraggeber Einkünfte getragen hätte oder nicht.

Ob und inwieweit den Beauftragten neben der Zinspflicht noch weitere **Schadensersatzansprüche** treffen, hängt einmal von der Erweislichkeit eines höheren Schadens, zum andern davon ab, ob das Verhalten ein nach den allgemeinen Regeln zu vertretendes war.

2. Ähnliche Sätze finden sich gegenüber dem Verwahrer, § 698, und dem Vormund, § 1834.

§ 669.

Für die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Aufwendungen hat der Auftraggeber dem Beauftragten auf Verlangen Vorschuß zu leisten.

E. I 594, E. II 600, RB. 656. — Mot. S. 540, Prot. II S. 365.

1. Wie die vorhergehenden Paragraphen, entspricht auch § 669 dem Wesen des Auftragsverhältnisses und dem bisherigen Recht, s. besonders ll. 12 § 17, 45 pr. D. h. t., SächsGB. § 1314.

Der Vorschuß ist nicht ohne weiteres, sondern auf ein — natürlich als einseitige, empfangsbedürftige Erklärung (§§ 130 ff.) an den Auftraggeber zu richtendes — Verlangen des Beauftragten zu leisten.

Er ist offenbar nur **in Geld** zu gewähren, nur bei solchem pflegt man vom Vorschuß zu sprechen. Auch wenn die erforderlichen Aufwendungen in anderen Gegenständen als Geld, z. B. in Getreide, Futter für das zu transportierende Vieh, bestehen, wird als Vorschuß ein angemessener Geldbetrag zu leisten sein. Das ergibt sich ferner aus der Erwägung, daß auch ein zu leistender Ersatz der Aufwendungen nach § 256 in solchem Falle in Geld zu gewähren ist, woraus doch wohl ein Rückschluß auf den entsprechenden Vorschuß ermöglicht wird. S. auch Bem. zu § 670.

2. **Die Höhe** des Vorschusses bestimmt sich nach den voraussichtlich notwendigen Aufwendungen. Es ist dabei aber nur auf die objektiv notwendigen Rücksicht zu nehmen — § 669 spricht nur von den „erforderlichen" Aufwendungen, nicht wie § 670 von denen, die der Mandatar für erforderlich erachten darf.

3. **Folgen der Nichtleistung des Vorschusses:**

a) Ob dem Beauftragten ein **klagbarer Anspruch darauf** zustehe, ist zweifelhaft und wird von den Mot. S. 540 verneint, wegen der Widerruflichkeit des Auftrages. Ebenso Endemann § 173 Anm. 22, Engelmann-Staudinger Nr. 1, Goldmann-Lilienthal S. 698, Landé No. 2, Kipp-Windscheid S. 751. Aber man kann doch nicht wohl in der Verweigerung des Vorschusses überall einen Widerruf sehen! Solange das Verhältnis noch besteht, ist auch die Pflicht aus § 669 vorhanden, und aus einer Rechtspflicht gewährt das moderne Recht, von ganz besonderen Fällen abgesehen, im Falle der Verletzung ohne weiteres das Rechtsschutzmittel der Klage. Für die Klagbarkeit auch Dernburg § 297, II, Crome § 252 Anm. 46, Fischer-Henle No. 1, Kuhlenbeck Nr. 1, Meisner zu § 669, Planck Nr. 1, Schollmeyer S. 123; sie entspricht nicht minder dem Vorgang der zitierten Stellen des RömR. („poterit agere . . . ut sibi pecuniam daret ad faciendum").

Allerdings kann der Auftraggeber auch nach der Klageerhebung durch Widerruf seine Pflicht noch beseitigen, doch wird das auf die Pflicht zur Kostentragung in der Regel keinen Einfluß haben: die Klage wird nicht abgewiesen, sondern für erledigt erklärt. Und es ist keineswegs gesagt, ob er aus dem Zwang zur Vorschußleistung die Konsequenz des Widerrufs ziehen werde. Sollte wegen der abstrakten Widerrufsmöglichkeit etwa im Versäumnisverfahren die Klage von Amts wegen abgewiesen werden? Der Beauftragte hat freilich kein Recht auf die Ausführung, aber eine Pflicht dazu, und der Vorschuß soll ihm Mittel geben, dieser zu genügen. Goldmanns Berufung auf den Annahmeverzug schlägt nicht durch; die Nichtleistung des Vorschusses hindert doch nicht die Ausführung, sondern macht sie nur zu einer lästigeren, was die Anwendung des § 295 nicht rechtfertigt.

b) Der Beauftragte braucht **nicht eher den Auftrag auszuführen**, bis ihm der Vorschuß gegeben wird: es steht ihm die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes aus § 273 zur Seite.

c) Bei in der Nichtleistung liegendem **vertretbarem** Verhalten haftet der Auftraggeber dem Beauftragten auf **Schadensersatz**. Aber auch dieser muß ihm den eingetretenen Bedürfnisfall unverzüglich mitteilen und kann sich, wenn er die Ausführung des Auftrages ohne solche Mitteilung einstellt, nicht auf das Recht aus § 273 berufen, macht sich vielmehr event. wegen Nichtausführung verantwortlich.

§ 670.

Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatze verpflichtet.

E. I 595[1-2], E. II 601[1], RV. 657. — Mot. S. 541, Prot. II S. 365—9, Ber. der RT.-Komm. S. 53.

1. **Allgemeines:** Die in § 670 ausgesprochene Erstattungspflicht des Auftraggebers wegen der dem Beauftragten erwachsenen Auslagen entspricht sowohl der Natur des Rechtsverhältnisses wie dem früheren Recht, s. die Angaben in den Mot. S. 541 No. 1. Wegen des Umfanges der zu erstattenden Aufwendungen aber ist eine verschiedene Gestaltung möglich und vertreten worden: entweder läßt man den **objektiven Gesichtspunkt** entscheiden und erklärt für erstattungspflichtig nur diejenigen, die wirklich **notwendig** oder doch objektiv **angemessen** waren; oder man stellt auf das subjektive Moment ab und gibt dem Beauftragten einen Anspruch wegen aller Aufwendungen,

„die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte". Die zweite Auffassung scheint die der Römer gewesen zu sein, s. l. 29 § 1 h. t., Dernburg, Pand. II § 116 No. 11, ihr folgt nunmehr mit jede Mißdeutung ausschließender Bestimmtheit das BGB.

Die bloß subjektiven Meinungen des Beauftragten sind damit natürlich nicht schlechthin für ausschlaggebend erklärt; nicht darauf kommt es an, was er für erforderlich hielt, sondern was er für **erforderlich halten durfte.** Seine Unachtsamkeit oder unentschuldbarer Irrtum findet also keine Berücksichtigung, ebensowenig wie in l. 29 cit.

War dagegen die Annahme des Beauftragten durch die Umstände gerechtfertigt, so kommt der Umstand, daß er die Sachlage falsch beurteilte, daß die gemachte Aufwendung unnötig war oder, etwa infolge eines unvorhergesehenen Umstandes, erfolglos blieb, nicht zum Schaden des Beauftragten in Betracht. Z. B. er inseriert in der Zeitung, und es meldet sich niemand darauf; er verwendet Kurkosten auf das für den Auftraggeber gekaufte Pferd, und dasselbe geht demungeachtet ein.

2. **Begriff der Aufwendungen:** (s. dazu Lotmar, Arbeitsvertrag S. 86, 136). Gemeint sind damit alle vom Beauftragten zum Besten der aufgetragenen Geschäftsbesorgung gemachten Opfer an Vermögenswerten, einerlei ob in Geld oder anderen (vgl. § 256) Gegenständen — nicht nur Sachen, sondern auch Rechten, z. B. der als mittelbarer Vertreter handelnde Beauftragte verliert eine ihm bisher gegen den dritten (Geschäftsgegner) zustehende Gegenforderung durch Aufrechnung — bestehend. Nicht minder gehören auch Verbindlichkeiten zu den Aufwendungen, die der Beauftragte einem dritten gegenüber übernimmt, s. ihretwegen § 257. Nicht dahin gehören aber die bloßen Verwendungen von Arbeitskraft, Lotmar aaO. Denn die Ersatzpflicht auch wegen dieser würde den Vertrag im Endergebnis zu einem entgeltlichen stempeln. Die Arbeitskraft ist auch kein Vermögensbestandteil. Anders Brückmann, Rechte des Geschäftsführers S. 182, Eck-Leonhard S. 538, Isay S. 148. Ihnen ist im Endergebnis insoweit zuzustimmen, als der Beauftragte nachweislich infolge der Ausführung des Auftrages anderweiten lohnenden Verdienst innerhalb der Ausführungszeit hat aufgeben müssen. Die Aufwendung liegt aber auch dann nicht in der Arbeitskraft als solcher, sondern ausschließlich in dem Verdienstentgang.

Keinen Unterschied begründet es für Begriff und Behandlung, ob die Aufwendungen unmittelbar zur Ausführung bestimmt sind, oder sonst ursächlich mit ihr zusammenhängen, etwa ihrer Vorbereitung dienen: Korrespondenz-, Reisekosten u. dergl.

3. **Haftung für Schaden:**

a) Die Frage, ob und wieweit der Mandant dem Mandatar wegen des ihm bei Ausführung des Auftrages zugestoßenen Schadens regreßpflichtig sei, wurde bisher verschieden beantwortet und war namentlich in der gemeinrechtlichen Doktrin außerordentlich bestritten, s. darüber Fr. Mommsen, Erörterungen H. 2 S. 58 ff., Unger in Iherings Jahrb. **33** 328 ff., Eisele im ArchZivPrax. **84** 319 ff. sowie die Dissertationen von Koppel (1886), Hanau (1894) und Kekule (1894); Arbeiten, die größtenteils auch für das neue Recht verwendbar bleiben.

Die früher herrschende individualistische Haftungstheorie lehnte unter Berufung auf zwei übrigens anerkannt schwierige und zweifelhafte Quellenstellen — die l. 26 § 6 D. 17,1 und die l. 61 § 5 D. 47,2 — jedwede Haftung des Mandanten ab; dagegen machte sich in neuerer Zeit eine Gegenströmung geltend, die in mehr oder minder weitgehender Weise teils auf Grund der von ihr anders verstandenen Stellen, teils und hauptsächlich aus inneren Gründen wenigstens einen Teil der Zufälle vom Auftraggeber getragen werden läßt. Nach Mommsen, dem Koppel und im Grunde trotz seiner Polemik auch Hanau (s. S. 86) folgen, ist zu scheiden zwischen Zufällen, die der Inhalt des Mandates als solchen, und denen, die nur die besondere Art seiner Ausführung mit sich gebracht hat; nur für erstere, nicht für letztere hat der Mandant einzustehen. Ähnlich läßt ihn das Landrecht (I. 13, § 81) für Gefahren haften, die mit einer bestimmten Vorschrift des Auftrages ohne weiteres verbunden waren.

Weiter ging Unger, nach dem der Mandant für jeden Schaden haftet, der eine Folge der Ausführung des Auftrages ist, den Mandatar nicht nur bei Gelegenheit desselben trifft, ähnlich auch schon Ihering in seinen Jahrb. **4** 37 ff. Maßvoller, aber im Grunde verwandt, ist die Unterscheidung Eiseles, nach dem es darauf ankommt, ob der Kausalzusammenhang zwischen dem Auftrag und dem eingetretenen Unfall noch vorhanden oder durch ein dazwischentretendes selbständiges Eingreifen des Beauftragten, das nicht bloß eine selbstverständliche Ausführungsart des Auftrages darstellt, unterbrochen ist (S. 352—4).

Das BGB. vermeidet eine Beantwortung der Frage; nach den Mot. S. 541 soll wegen Verschiedenheit der Fälle eine allgemeine Entscheidung untunlich sein, und in der zweiten Lesung wurde ein auf ihre Regelung gerichteter Antrag ausdrücklich abgelehnt, s. Prot. II S. 367 ff. Die Frage ist daher in der neuen Literatur alsbald äußerst streitig geworden, s. dazu die Erlanger Dissert. von Orthal, 1901, und die Abhandlung von Böckel, ArchZivPrax. 96 396 ff. (mit weiteren Angaben).

α) Für die Verneinung einer Haftung des Auftraggebers, von dessen Verschulden abgesehen, hat die herrschende Meinung sich entschieden. So besonders Böckel aaO., Endemann § 173 Anm. 21, Engelmann-Staudinger Nr. 3, Fischer-Henle No. 3, Matthiaß S. 610, Planck Nr. 3, Schollmeyer S. 123, G. Rümelin, ArchZivPrax. 88 314.

β) Für die Bejahung dagegen meine Aufl. 1, ferner Brückmann, Rechte des Geschäftsführers S. 186 ff., Crome § 252 Anm. 51, Dernburg § 297, III, Stammler, Richtiges Recht S. 339—40, Türke-Riedenführ Nr. 4. Die Gründe sind bei den einzelnen verschieden.

γ) Vermittelnd Enneccerus S. 701—2, Eck S. 535, Orthal S. 35 ff., 41 ff., nach denen es darauf ankommt, ob, was möglich, die Schäden des Beauftragten unter den Begriff der Aufwendungen zu bringen seien.

b) **Eigener Standpunkt.**

Man wird zunächst das Streitgebiet tunlichst einzuschränken versuchen:

α) **Der Schaden war voraussehbar. Kennt der Auftraggeber allein die Gefahr** und teilt er sie dem Beauftragten nicht mit, so haftet er deshalb nach allgemeinen Grundsätzen, also soweit darin eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu finden ist (§§ 276, 823), auf Schadensersatz. Übereinstimmend insoweit Isay S. 157 und die herrschende Lehre. Ist sie umgekehrt **nur allein dem Beauftragten bekannt,** so war es seine Sache, den Auftrag abzulehnen oder dem Auftraggeber Mitteilung zu machen und, etwa gemäß § 665, die Ausführung inzwischen zu suspendieren. Tut er keines von beiden, so hat er damit die Gefahr stillschweigend übernommen und mag sich den etwaigen Schaden selbst zuschreiben. Kennen **beide Teile** die Gefahr, so ist unter Berücksichtigung der Auslegungsgrundsätze des § 157 festzustellen, ob nicht etwa der eine oder andere Teil das Risiko ausdrücklich oder stillschweigend übernommen habe, wobei im Zweifel m. E. schon wegen der Unentgeltlichkeit des Auftrages am ehesten für die Gefahrübernahme des Auftraggebers, als des Hauptinteressenten, zu vermuten ist.

Fehlt es an der Gefahrübernahme durch den einen oder andern, so ist die Frage ebenso zu entscheiden, wie in den gleich zu behandelnden Fällen zu β.

β) **Der Schaden war nicht voraussehbar:**

αα) Die Frage wäre von vornherein im Sinne der bejahenden Lehre entschieden, wenn wir den Begriff des Schadens unter den der Aufwendungen bringen dürften. Denn sie muß nach § 670 der Auftraggeber ersetzen. Aber im Gegensatz zu einigen Anhängern der Ansicht zu α β glaube ich diese Frage nicht, wenigstens nicht allgemein, bejahen zu dürfen. Daß Schaden und Aufwendungen verschiedene Dinge seien, hat besonders v. Tuhr, actio de in rem verso, S. 33 ff., überzeugend nachgewiesen. Schaden ist ein Vermögensnachteil, den man gegen seinen Willen erlitten hat, Regreß (Aufwendungsersatz) wird genommen für einen Nachteil, den man sich freiwillig in fremdem Interesse zugefügt hat. Daß das BGB. diesen Unterschied anerkenne, ergibt sich aus der durchaus verschiedenen Regelung des Schadensersatz- und des Aufwendungsanspruches, §§ 249 ff. gegenüber 256 ff.

Aber der Unterschied kann sich allerdings — und das vergißt die herrschende Lehre — möglicherweise verflüchtigen. Es kann sein, daß die Übernahme eines Auftrages von vornherein, sei es nach seiner allgemeinen Natur oder nach der besonderen Sachlage, die Gefahr gewisser Schäden mit solcher Selbstverständlichkeit oder Wahrscheinlichkeit ohne weiteres mit sich bringt, daß die unbefangene Anschauung sie ohne weiteres als Konsequenzen der Auftragsübernahme wertet. Die dadurch entstandenen Schäden hängen mit der Ausführung des Auftrages ebenso innig und untrennbar zusammen, wie gewöhnliche Aufwendungen, und wenn der Beauftragte sie auch im einzelnen nicht — was auch vielfach bei den Aufwendungen nicht der Fall — freiwillig übernahm, so hat er doch die Gefahren, aus denen sie entstanden, als untrennbaren Bestandteil der Auftragsübernahme mit übernommen. Derartige Schäden, die im Sinne des Verkehrs typisch berechenbar sind, erscheinen damit als mit dem Auftrag innerlich zusammengehörig; sie werden zu Unkosten, Spesen, deren Notwendigkeit sich aus dem Auftrag bereits als

selbstverständliche oder doch ohne weiteres mit in den Kauf genommene Eventualität ergibt. So, wenn jemand ein Geschäft in einer von Räubern oder vom Fieber heimgesuchten Gegend übernimmt — warum soll das Lösegeld, das er den Räubern gibt, anders behandelt werden als das Brückengeld, daß er den Zöllnern zu zahlen hat? Beides erscheint gleichmäßig als Aufwendungen, die der Auftraggeber sinngemäß erstatten muß. Damit nähert man sich der im Landrecht und für das Gemeine Recht besonders von Mommsen vertretenen Lehre und zugleich der vermittelnden Lehre des neuen Rechts; auch Böckel S. 429 entwickelt verwandte Gesichtspunkte. Vielleicht darf man noch weiter gehen und die Folgen aller solcher Gefahren hierhin rechnen, die noch nicht mit der Übernahme, sondern erst mit der gebotenen oder gestatteten Ausführung des Auftrages untrennbar, mit typischer Notwendigkeit, zusammenhängen. Gibt man überhaupt die Anwendung des Aufwendungsbegriffs auf die bewußte Gefahrübernahme zu, so nötigt uns schon der Wortlaut, das auf alle Fälle auszudehnen, wo der Beauftragte die Gefahrübernahme, zwecks Ausführung des Auftrages, den Umständen nach für erforderlich erachten dürfte.

ββ) Andere Schäden, und es werden weitaus die meisten sein, fallen nicht unter den Aufwendungsbegriff, da ihre Beträge nicht als zum Zwecke der Geschäftsführung bestimmungsgemäß verwendet erscheinen. Auf ihren Ersatz ist § 670 keinenfalls direkt anwendbar. Ob die Entscheidung deshalb, wie meine Aufl. 1 und Brückmann annehmen, frei sei, ist mindestens zweifelhaft, s. Böckel S. 414 ff., 418 ff. Ersatzhaftung ohne Verschulden ist dem BGB. grundsätzlich fremd, kann also nicht über die wirklich anerkannten Fälle hinaus angenommen werden. Eine entsprechende Anwendung des § 670 ist deshalb untunlich, weil es sich bei Aufwendungen und Schäden nach dem obigen um ganz verschiedene Dinge handelt, die auch rechtspolitisch keineswegs (s. die Erwägungen bei Böckel S. 438—9) notwendig die gleiche Regelung erheischen.

Noch weniger läßt die Bejahung der Frage sich einfach aus Treu und Glauben ableiten, weil diese als solche — s. Bem. zu § 242 — nie für sich rechtserzeugende Faktoren sind, sondern nur Abwertungsmomente innerhalb anderweit bereits begründeter Rechtsverhältnisse.

4. **Art und Umfang des Anspruches**: Der Regreß wegen gewöhnlicher Aufwendungen bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 256—7, s. Bem. dazu. Den Auftraggeber trifft also namentlich auch eine Verzinsungspflicht, sowie wegen übernommener Verpflichtungen eine Liberationspflicht. Ansprüche auf Ersatz wegen zugestoßener Unfälle dagegen fallen dem Wortlaut nach nicht unter die oben erwähnten Paragraphen, da sie aber nach dem zu Nr. 3 Gesagten im allgemeinen nur insoweit begründet sein dürften, als der freier aufgefaßte Gesichtspunkt der Aufwendungen auf sie mitzubeziehen ist, können auch für sie insoweit nur jene Sätze, nicht die §§ 249 ff. in Betracht kommen. Anders in den Fällen oben 3 b α: hier stehen wahre Ersatzansprüche im Sinne der §§ 249 ff. in Frage.

5. Aufwendungen für welche die Voraussetzungen zu Nr. 1 ff. nicht zutreffen, sind dem Beauftragten jedenfalls nicht auf Grund des Auftrages zu ersetzen, wohl aber unter Umständen aus den Gesichtspunkten der Geschäftsführung (§ 683) oder ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff.); möglicherweise hat der Berechtigte hinsichtlich des durch sie Hergestellten auch ein Wegnahmerecht.

§ 671.

Der Auftrag kann von dem Auftraggeber jederzeit widerrufen, von dem Beauftragten jederzeit gekündigt werden.

Der Beauftragte darf nur in der Art kündigen, daß der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäfts anderweit Fürsorge treffen kann, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt er ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er dem Auftraggeber den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Liegt ein wichtiger Grund vor, so ist der Beauftragte zur Kündigung auch dann berechtigt, wenn er auf das Kündigungsrecht verzichtet hat.

E. I 597—8, E. II 602, RB. 658. — Mot. S. 543—7, Prot. II S. 370—1.

1. **Allgemeines:** Daß der Auftrag ein beiderseits jederzeit wieder aufhebbares Verhältnis begründe, entspricht durchweg dem früheren Recht, s. Dernburg, Pandekten II § 117 lit. a), Landrecht aaO. §§ 159, 160, SächsGB. § 1322.

Dem folgt das BGB. fast durchaus:

a) Der Auftraggeber kann den Auftrag jederzeit **widerrufen.** Ob ein Verzicht auf das Widerrufsrecht zulässig sei, ist nicht zweifellos. Die bisherige Praxis verneinte meist die Frage, s. die Angaben in den Mot. S. 544 No. 3, ebenso der erste Entwurf. Der entsprechende Passus ward aber später gestrichen, und so nehmen für das BGB. einzelne eine solche Möglichkeit an, so Fischer-Henle Aufl. 1 No. 1 (zum Teil anders Aufl. 6 No. 3—4), Immerwahr, Kündigung S. 169, Matthiaß S. 610 Anm. 3, Schollmeyer S. 124. Schwerlich mit Recht, da dem Wesen des eigentlichen Auftrages eine Unkündbarkeit widerspräche (anders zum Teil bei der Vollmacht, § 168). Aufträge, die allein oder doch vorwiegend im Interesse des Beauftragten erteilt werden, sind zum mindesten keine reinen Aufträge, sondern verfolgen unter der Maske von solchen andere Zwecke; ihrer Unwiderruflichkeit steht freilich nichts im Wege. Wie hier Crome § 253 Anm. 42, Dernburg § 298, I, 1, Goldmann-Lilienthal S. 699, Kipp-Windscheid S. 753 Nr. 1, Kuhlenbeck Nr. 1 Abs. 2, Planck Nr. 2, Staudinger Nr. 6a. Vermittelnd Enneccerus S. 703 (bei Spezialaufträgen ist Verzicht statthaft, nicht aber, weil hier unsittliche Unterwerfung unter fremden Willen enthaltend, bei Verwaltung ganzer Vermögensmassen).

b) Auch der Beauftragte kann den Auftrag im Prinzip jederzeit **kündigen;** dies indes mit Beschränkungen:

α) **Verzicht** auf das Kündigungsrecht ist, anders als nach a), hier möglich, sei es auf immer, sei es auf Zeit; ist er erklärt, so muß eine ihm zuwider erfolgte Kündigung als unwirksam angesehen werden. Das ergibt sich deutlich aus Abs. 3 und ist allgemein anerkannt. Nur bei Vorhandensein eines „wichtigen Grundes" kann der Beauftragte trotz des Verzichtes kündigen. Wann ein solcher vorliegt, ist Tatfrage; man wird bei der Beurteilung die Eigenart des Geschäftes, das dabei in der Regel vorausgesetzte Vertrauensverhältnis der Parteien zu berücksichtigen haben. Als Beispiele eines „wichtigen Grundes" möchten etwa dienen: Beschimpfungen und sonstiges rechtswidriges Verhalten des Auftraggebers; Einziehung zum Militärdienst, schwere Krankheit, plötzliche Verarmung des Beauftragten und dergl. S. auch die lehrreiche Kasuistik in l. 22 § 11 — l. 25 D. h. t.

β) Davon abgesehen ist die Kündigung zwar überall zur Beendigung des Verhältnisses wirksam, sie soll aber nicht **„zur Unzeit"** erfolgen, d. h. nicht in der in Abs. 2 Satz 1 näher geschilderten Weise. Unzeitige Kündigung ist nicht nichtig, verpflichtet aber den Beauftragten zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens im Sinne von §§ 249ff., z. B. das Geschäft wird infolge des plötzlichen Austritts des Beauftragten unausführbar; der Auftraggeber muß sich zum Ersatz der teureren oder mangelhafteren Dienste eines anderen bedienen, ohne daß ihm genügende Zeit zur Auswahl geblieben wäre. Nicht aber haftet er auf das ganze Erfüllungsinteresse.

Nur aus einem „wichtigen Grunde" — s. darüber oben unter α) — ist die objektiv unzeitige Kündigung ohne Ersatzpflicht gestattet. Natürlich muß aber dieser wichtige Grund hier nicht nur die Kündigung überhaupt, sondern gerade die unzeitige Kündigung zu rechtfertigen geeignet sein.

2. **Charakter von Widerruf und Kündigung:**

a) sie sind beide einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärungen im Sinne von §§ 130ff., s. auch l. 15 D. h. t, Eltzbacher, Rechtswirksames Verhalten S. 192, der mit Recht auf den Gegensatz zur Mahnung hinweist.

b) zweifelhaft ist, ob sie **bedingt** erfolgen können; s. dazu auch die Bemerkungen zu § 564 wegen der Kündigung bei der Miete. Wie dort, wird auch hier für die Kündigung meist Unzulässigkeit einer Bedingung behauptet, so von den Mot. S. 547 und von Immerwahr S. 81ff. (s. auch die dort mitgeteilte Literatur und Judikatur), aber mit Unrecht. Denn wird durch die bedingte Kündigung das Interesse des Auftraggebers gefährdet, so mag er den Auftrag widerrufen. Und warum soll der Beauftragte nicht kündigen können unter der Bedingung, daß der Auftraggeber einen Ersatzmann für ihn finde? Wie hier Dernburg § 298, I, 1, Schollmeyer S. 125, Kuhlenbeck Nr. 1, für den Widerruf auch Staudinger Nr. 3, der aber im Gegensatz dazu die bedingte Kündigung für nichtig erachtet.

Natürlich bleibt der Beauftragte bis zum Eintritt der Bedingung noch verpflichtet, und von der eingetretenen wird er, obwohl nunmehr im übrigen aus seiner Stellung geschieden, gemäß den Grundsätzen von Treu und Glauben dem Auftraggeber unverzüglich Anzeige zu machen haben.

c) bei Mehrheit der Auftraggeber muß, um das Verhältnis zu Ende zu bringen, der Widerruf von allen, die Kündigung an alle erfolgen; andernfalls werden die Akte wegen der Unteilbarkeit der Leistung in der Regel ganz wirkungslos sein (s. § 432 und dazu Thiele im ArchZivPrax. **89** 108—9), höchstens aber, im Fall der Gesamtgläubigerschaft, den einen Auftraggeber ausscheiden lassen, während das Verhältnis sonst in Kraft bleibt. Wie hier Dernburg § 298 Anm 2, anders Mot. S. 544, Goldmann-Lilienthal S. 698 Anm. 1, die wegen der dem Auftrag immanenten Widerrufsfreiheit den Widerruf des einen Auftraggebers jedenfalls für ihn, damit aber möglicherweise, je nach der besonderen Sachlage, auch für die anderen wirken lassen, vorbehaltlich alsdann einer Ersatzpflicht des grundlos Widerrufenden ihnen gegenüber. Das hat manches für sich, ist aber positivrechtlich mangels jeden Anhaltes im Gesetz kaum annehmbar.

Entsprechendes wird auch bei Mehrheit der Beauftragten gelten; nur ist hier der Widerruf gegenüber einem, die Kündigung des einen in der Regel geeignet, sein Ausscheiden aus dem Verhältnis herbeizuführen (s. § 431).

3. Beide Erlöschungsgründe wirken natürlich nur für die Zukunft, nicht auch wegen der einmal entstandenen konkreten Ansprüche: mandatum, non etiam actio mandati tollitur.

4. S. wegen der Einwirkung eines **Konkurses** des Auftraggebers KO. § 23. Der Konkurs des Beauftragten ist dagegen in der Regel ohne Einfluß, es genügt das Widerrufs- und Kündigungsrecht.

§ 672.

Der Auftrag erlischt im Zweifel nicht durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers. Erlischt der Auftrag, so hat der Beauftragte, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgung des übertragenen Geschäfts fortzusetzen, bis der Erbe oder der gesetzliche Vertreter des Auftraggebers anderweit Fürsorge treffen kann; der Auftrag gilt insoweit als fortbestehend.

E. I 599—600, E. II 603, RV. 659. — Mot. S. 547—9, Prot. II S. 371—3.

1. Während das GR. das Mandat **durch den Tod des Auftraggebers stets erlöschen ließ** (s. l. 26 h. t.: mandatum solvitur morte), und die meisten modernen Gesetzgebungen (s. die Angaben in den Mot. S. 547 No. 1) dem gefolgt sind, ist bereits im alten HGB. Art. 54, 297 (s. jetzt § 52 Abs. 3) sowie in der ZPO. § 82 (86) das Gegenteil bestimmt, und ebenso läßt nunmehr das BGB. den Tod des Auftraggebers, den modernen Anschauungen und zu unterstellenden Bedürfnissen der Beteiligten entsprechend, „im Zweifel" einflußlos sein. Dem Tode steht der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit gleich, s. dazu aber Breit, Geschäftsfähigkeit S. 324.

Indes gilt das nur **„im Zweifel"**, als Auslegungsregel; das Gegenteil kann ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht sein; auch ist nach dem zu § 671 Gesagten ein bedingter Widerruf des Auftraggebers („für meinen Todesfall") nicht undenkbar.

Wie steht es beim Erlöschen juristischer Personen? § 672 ist darauf nach Wortlaut und Sinn nicht ohne weiteres anwendbar; man kann mit Planck Nr. 3 nur auf die Umstände des Einzelfalles abstellen.

2. Soweit danach der Tod das Verhältnis löst, läßt er nicht nur, wie Widerruf und Kündigung, die einmal entstandenen konkreten Rechte und Pflichten unberührt, sondern auch der Auftrag als solcher besteht zunächst noch weiter zugunsten des gutgläubigen Beauftragten im Sinne von § 674, s. Bem. dazu.

Auch davon abgesehen, bleiben von dem aufgelösten Verhältnis nach Satz 2 noch gewisse **Nachwirkungen** zurück; der Beauftragte ist noch immer berechtigt und selbst verpflichtet, die hier genannten Akte fortzusetzen. Dies einerlei, ob die Ausführung schon begonnen hatte oder nicht, obwohl der Paragraph wörtlich nur vom ersten Fall

redet. Aber es kann doch auch sehr wohl mit dem Unterbleiben des Ausführungsbeginnes Gefahr verbunden sein, z. B. die anzustellende Klage droht zu verjähren; die Frist für die aufgetragene Anzeige nach § 485 droht abzulaufen.

Soweit nach dem Gesagten Rechte und Pflichten des Beauftragten in Kraft bleiben, gilt der Auftrag trotz seines sonstigen Erloschenseins noch als fortbestehend, s. Schluß. Das Verhältnis ist also nur relativ beendet, absolut erst dann, wenn die in § 672 genannten Voraussetzungen eingetreten sind. Immerhin ist es seiner Lebenskraft beraubt und in seiner Intensität wesentlich gemindert — etwa ähnlich einer in Liquidation getretenen Gesellschaft. Diese Pflicht dauert, bis der Erbe oder Vertreter des Auftraggebers „anderweit Fürsorge treffen kann". Ob und wann das der Fall ist, bestimmt sich nach der Sachlage vom Standpunkt eines objektiven Beurteilers aus. Daß der Erbe (Vertreter) die Fürsorge wirklich getroffen hat, ist nicht erforderlich; es genügt, daß er imstande dazu war.

3. S. wegen der Geschäftsunfähigkeit § 104, wegen der gesetzlichen Vertreter Bem. zu § 164.

§ 673.

Der Auftrag erlischt im Zweifel durch den Tod des Beauftragten. Erlischt der Auftrag, so hat der Erbe des Beauftragten den Tod dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen und, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgung des übertragenen Geschäfts fortzusetzen, bis der Auftraggeber anderweit Fürsorge treffen kann; der Auftrag gilt insoweit als fortbestehend.

E. I 601, E. II 604, RB. 660. — Mot. S. 549—50, Prot. II S. 373—74.

1. Daß der Auftrag durch den **Tod des Beauftragten** erlösche, wird von allen Rechten anerkannt, s. die Nachweisungen in den Mot. S. 549 No. 1; es entspricht auch der Natur und dem Zweck des Verhältnisses: der Auftrag pflegt auf Grund eines besonderen Vertrauens erteilt zu werden, das sich nicht ohne weiteres auf die Erben des Beauftragten erstreckt. Aber auch für sie wäre es hart, den nach ihren Verhältnissen vielleicht viel beschwerlicheren Auftrag anstelle ihres Erblassers ausführen zu müssen.

Daher hat auch das BGB. sich hierin dem bisherigen Recht angeschlossen; es gestaltet den Satz aber nur, der Möglichkeit besonders gearteter Verhältnisse Rechnung tragend, als **Auslegungsregel**. Stellt sich die im Einzelfalle ausgemachte Vererblichkeit nachher für den einen oder anderen Teil als unangemessen heraus, so kann er sich dann noch immer durch das überall zustehende Widerrufs- oder Kündigungsrecht (§ 671) ausreichend schützen.

2. Wie bei dem das Verhältnis beendenden Tode des Auftraggebers (s. § 672 Satz 2), ist auch hier die Beendigung zunächst **keine vollständige**; der Erbe des Beauftragten muß die in Satz 2 genannten Geschäfte noch fortsetzen, „bis der Auftraggeber anderweit Fürsorge treffen kann". S. wegen des einzelnen das zu § 672 Nr. 2 Bemerkte, das hier analog verwertbar ist.

Außerdem muß der Erbe hier, anders als nach § 672 der Beauftragte, dem Auftraggeber den Tod seines Erblassers unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121) anzeigen, bei Vermeidung von Schadensersatz, Weyl Verschuldensbegriffe S. 30. Diese Anzeige ist eine einseitige (nicht eigentlich rechtsgeschäftliche, sondern nur deklaratorische) Erklärung; daß sie empfangsbedürftig sei (im Sinne von § 130), läßt sich nicht annehmen. Der Erbe wird nur solange den Auftrag auszuführen haben, bis der Auftraggeber, den rechtzeitigen Empfang der Anzeige vorausgesetzt, anderweit Fürsorge treffen kann.

Diese Pflichten sind auch hier keine gesetzlichen, sondern vertragsmäßige; die Erben treten, freilich nur zu den dargestellten beschränkten Zwecken, in das im übrigen höchstpersönliche Schuldverhältnis ein.

Mehrere Erben haften dabei als Gesamtschuldner, sei es aus § 2058, sei es schon wegen § 431.

3. Daß auch im Falle des § 673 die einmal aus dem Auftrag entstandenen konkreten Rechte und Pflichten — etwa aus §§ 667 und 670 — bestehen bleiben, bedarf kaum der Hervorhebung.

4. **Über die Wirkung anderer in der Person des Beauftragten eintretender Ereignisse,** insbesondere über seine eintretende **Geschäftsunfähigkeit,** bestimmt das BGB. nichts. Sie ist daher, anders als nach dem Landrecht (I, 13, § 196), nicht als solche Erlöschungsgrund des Verhältnisses, sondern nur, sofern sie die Ausführung subjektiv unmöglich macht (§ 275 Abs. 2), was oft, aber durchaus nicht immer, der Fall sein wird. Schollmeyer S. 125 dagegen läßt das Verhältnis durch den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit schlechthin endigen. Das dürfte angesichts der Möglichkeit rein tatsächlicher Geschäftsbesorgungen zu weit gehen. Soll, wenn der als geisteskrank entmündigte Quartalsäufer den ihm anvertrauten Brief besorgt, der Auftraggeber für die Kosten nicht nach § 670 vertragsmäßig haften?

Breit aaO. S. 322 läßt den Auftrag wenigstens im Zweifel erlöschen. Dem wird man in der Tat beitreten müssen, da in der Tat durch das genannte Ereignis meist (nicht immer) eine solche Veränderung der Verhältnisse eintreten wird, daß die Ausführung wenigstens in dem Vorbem. 3 vor § 275 entwickelten relativen Sinn fortan als unmöglich erscheint.

Allerdings kann sich der Auftraggeber auch durch Widerruf sichern, aber das allein genügt schon deshalb nicht, weil er den Eintritt des hier in Frage stehenden Ereignisses nicht immer rechtzeitig erfahren wird.

Der Konkurs des Beauftragten ist in der Regel wirkungslos, s. Bem. 4 zu § 671.

§ 674.

Erlischt der Auftrag in anderer Weise als durch Widerruf, so gilt er zu Gunsten des Beauftragten gleichwohl als fortbestehend, bis der Beauftragte von dem Erlöschen Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen muß.

E. I 603, E. II 605, RV. 661. — Mot. S. 553—4, Prot. II S. 375.

1. a) Mit dem Erlöschen des Auftrages ist in den meisten Fällen eine Kenntnis des Beauftragten davon nicht ohne weiteres verbunden. Das nicht nur dann, wenn der Auftrag durch Eintritt einer auflösenden Bedingung, Unmöglichkeit der Leistung, Konkurs des Auftraggebers oder seinen — ausnahmsweise so wirkenden, § 672 — Tod erlischt, sondern auch im Falle der vom Beauftragten selbst ausgehenden Kündigung. Denn da sie als empfangsbedürftige Erklärung erst wirkt, wenn sie dem Auftraggeber zugeht (§ 130), ist der Beauftragte nicht überall in der Lage, vom Eintritt ihrer Wirkung sofort Kenntnis zu nehmen. Daher greift die Bestimmung des § 674, wonach der erloschene Auftrag zugunsten des gutgläubigen Beauftragten noch als fortbestehend gilt, bei allen Erlöschungsgründen mit Ausnahme des Widerrufs (s. unter b) durch, also auch bei der Kündigung.

Der Satz des § 674 entspricht einer gebieterischen Anforderung der Billigkeit, da der gutgläubige Beauftragte nicht wohl wegen eines ihm ganz fremden, unvorhersehbaren Ereignisses in Schaden kommen darf, sowie wenigstens in der Grundidee dem Vorgang des Römischen Rechts, s. l. 26 pr. h. t.: „mandatum solvitur morte, si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur". Ähnlich l. 15 das. mit der Begründung „ne damno adficiatur is qui suscipit mandatum".

b) Nur eine Ausnahme macht der Text für den Fall des **Widerrufs.** Der Grund ist offenbar der, daß der Auftrag nicht schon durch die Abgabe, sondern erst durch den Empfang der Widerrufserklärung sein Ende erreicht. Allerdings ist damit eine wirkliche Kenntnis des Beauftragten nicht ohne weiteres gegeben; aber bis zu ihr den Auftrag im Sinne des § 674 noch fortdauern zu lassen, soll nach den Mot. der Empfangstheorie nicht entsprechen. Dieser doktrinäre Grund ist allerdings von zweifelhafter Richtigkeit, und es kann nicht bezweifelt werden, daß der Ausschluß des — dem Beauftragten nicht zur Kenntnis gelangten — Widerrufs vom Gebiet des § 674 zu innerlich unmotivierten Härten führen kann, so richtig Schloßmann, Stellvertretung II S. 558—9, s. auch Kipp-Windscheid II S. 753. Aber wenn Schloßmann deshalb einer analogen Anwendung des § 674 auf solche Fälle das Wort redet, glaube

ich dem angesichts des ganz unzweideutigen Textes nicht folgen zu dürfen. Die Unbilligkeit kann wohl eher durch die Erwägung vermieden werden, daß der Beauftragte für die Zwischenzeit wenigstens die Stellung eines Geschäftsführers bekommen wird, die durch den Glauben an den (fortbestehenden) Auftrag nicht in Frage gestellt wird, s. Vorbem. 5 vor § 677.

2. Der Auftrag gilt als fortbestehend **nur zugunsten**, nicht zuungunsten **des Beauftragten.** Er darf also das Geschäft weiter führen; tut er es aber nicht, so kann er deshalb, da der Auftrag grundsätzlich erloschen ist, im allgemeinen nicht haftbar gemacht werden, es sei denn, daß einer der Fälle vorliegt, in denen der Auftrag im Sinne der §§ 672—3 noch relativ, auch zu Lasten des Beauftragten, fortbesteht, oder daß die plötzliche Unterbrechung der Ausführung den Machtgeber in vorsätzlicher oder fahrlässiger Weise schädigt.

Macht der Beauftragte aber einmal von seinem Rechte der Fortführung des Geschäftes Gebrauch, so darf er dasselbe nunmehr natürlich nachher nicht zum Schaden der Sache unterbrechen, er hat dann vielmehr wegen der Ausführung alle Pflichten eines wahren Beauftragten oder, was im Ergebnis auf dasselbe herauskommt, doch die eines Geschäftsführers ohne Auftrag (s. Vorbem. 5 vor § 677), Mot. S. 554, Staudinger Nr. 3.

3. Der Beauftragte hat das Recht des § 674 solange, **bis er vom Erlöschen des Auftrages Kenntnis erlangt.** Jedoch steht das Kennenmüssen hier laut dem Schlußpassus dem wirklichen Kennen ausnahmsweise gleich. Das ist besonders für den Fall der Kündigung wichtig: der Beauftragte darf das Geschäft von dem Momente an nicht mehr fortführen, in dem die abgesandte Kündigung als nach normalen Umständen dem Auftraggeber zugegangen anzusehen ist. Daß das keinen Widerspruch zu dem unter Nr. 1a Gesagten bedeutet, ist klar: Die Kündigungserklärung wird dem Auftraggeber vielfach eher zugegangen sein, als zu dem Zeitpunkt, von dem ab der Beauftragte mit ihrem Zugegangensein als einem zu unterstellenden Umstande endgültig rechnen muß.

Das Kennen oder Kennenmüssen des Beauftragten hat der Auftraggeber als ein die vorhandenen Rechte des Ersteren vernichtendes Moment zu **beweisen**; so auch Mot. S. 554.

4. Mit dem Auftrage erlischt gemäß § 168 auch die etwa damit verbundene **Vollmacht** zugunsten dritter, die mit dem Beauftragten kontrahieren, fort. Anders nur nach § 169, wenn sie das Erlöschen kennen oder kennen mußten.

5. Ähnliche Bestimmungen finden sich in den Paragraphen 729 (für den Gesellschafter), 1682 (Vater), 1893 Abs. 1 (Vormund).

6. Durch das Erlöschen des Auftrags, mag er restlos beseitigt sein oder noch die Nachwirkungen im Sinne der Paragraphen 672—4 übrig lassen, wird das Verhältnis zwischen dem Beauftragten und seinen etwaigen Substituten an sich nicht berührt. Anders bei besonderer Abmachung, oder wenn diesen gerade nur die Ausführung des Auftrages als solchen übertragen ist: denn solche Übertragung würde mit Wegfall des Auftrages auch ihrerseits wegen Unmöglichkeit der Leistung hinfällig werden.

§ 675.

Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, finden die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671 Absatz 2 entsprechende Anwendung.

E. II 606, RK. 662. — Prot. II S. 376—6.

Literatur: Höchstädter, Dissert. Erlangen 1905; Lenel, Iherings Jahrb. 44 32ff.

1. a) Durch § 675 wird die praktische Tragweite der Bestimmung, wonach alle entgeltlichen Verträge mit auftragsartigem Inhalt zum Gebiete des Dienst- oder Werkvertrages gehören sollen (s. Vorbem. vor §§ 611 und 662), wesentlich verringert. Denn danach finden auf alle Dienst- und Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung

zum Gegenstand haben, die hier aufgeführten, wichtigsten Sätze über den Auftrag entsprechende Anwendung.

b) **Begriff der Geschäftsbesorgung.** Seine Feststellung ist schwierig und zweifelhaft:

α) Nach Cosack § 143, II, 1a ist unter Geschäftsbesorgung nur zu verstehen „entweder der Abschluß eines Rechtsgeschäfts oder die Vornahme einer zwar nicht rechtsgeschäftlichen, aber doch rechtlich das Vermögen des Dienstempfängers berührenden Tätigkeit". Cosack hat in Aufl. 4 seine Lehre insofern etwas erweitert, als er jetzt auch Verträge auf tatsächliche Handlungen dahinrechnet, „sofern sie zur Vermögensverwaltung des Dienstberechtigten gehören".

Andere halten dagegen an der ursprünglichen Strenge der Cosackschen Theorie fest, so in besonders weitgehender Weise Staub zu § 362 HGB. Anm. 2, der nur eigentliche Rechtsgeschäfte dahin rechnet, ferner Matthiaß S. 612, Planck Nr. 2; minder entschieden Isay, Geschäftsführung S. 44—5, der jede vom Recht beachtete Einwirkung auf das Vermögen genügend sein läßt.

β) Das Extrem zu dieser strengsten Auffassung bildet die denkbar weiteste: Nach Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag, soll das ganze Gebiet der Dienst- und Werkverträge zur Geschäftsbesorgung gehören, s. dagegen besonders Lotmar, Arbeitsvertrag S. 277, Schollmeyer S. 91.

γ) Der Auffassung zu α) erheblich näher steht eine andere Gruppe von Autoren, die, im einzelnen von einander abweichend, doch insoweit übereinstimmen dürften, daß sie zur Geschäftsbesorgung nicht nur die rechtlich, sondern auch die nur wirtschaftlich für den Dienstberechtigten unmittelbar bedeutsame Tätigkeit rechnen. Dahin kann man außer meiner Aufl. 1 noch rechnen: Bernau, Iherings Jahrb. 44 234ff., Crome § 252 Anm. 6, Riezler, Werkvertrag S. 76—7, Staudinger Nr. 2 a. E. Von den Vertretern der Ansicht zu α) stehen Isay und mit seiner neuen Formulierung auch wohl Cosack dieser Gruppe nicht allzufern; zuzurechnen sind ihr vollends Lotmar, Arbeitsvertrag S. 278ff. und Jäger, Kommentar zur KO. § 22 Anm. 10 (Aufl. 2), die zur Abgrenzung auf den Sprachgebrauch des Lebens zurückgehen, da dieser unbestreitbar das Gebiet der geschäftlichen und außergeschäftlichen Lebensbetätigung nach ihrer wirtschaftlichen Bedeutung oder Bedeutungslosigkeit abzugrenzen geneigt ist.

δ) Zum Teil anders fassen den Begriff alle die, nach denen zur Abgrenzung der Geschäftsbesorgungen das Moment der Bestimmtheit oder Selbständigkeit der übertragenen Tätigkeit zu verwenden ist. Für jene Nuance besonders Hellwig, Verträge S. 517 Anm. 42, ihm folgend Brückmann, Rechte des Geschäftsführers S. 22ff., Kipp-Windscheid S. 675, Schollmeyer S. 91, früher auch Jäger aaO.: Geschäftsbesorgung ist nur die Tätigkeitsentfaltung zur Ausführung einer bestimmten Angelegenheit oder einer Mehrheit von solchen.

Andere betonen das Moment der Selbständigkeit des Arbeiters, so Endemann § 172 Anm. 22—3 und, ihn wohl nur irrtümlich wegen seiner Anm. § 173 Nr. 1 als Gegner ansehend, Höchstädter S. 16, S. 44. Ähnlich stellt Sigel, Gewerblicher Arbeitsvertrag S. 5—6, auf das Fehlen einer wirtschaftlichen (sozialen) Abhängigkeit des Arbeiters ab.

ε) Auch die Lehre von Dernburg und Lenel ist der letztgenannten verwandt. Jener (§ 293, IV) scheidet von den sonstigen Dienst- und Werkverträgen die auftragsähnlichen und verweist zu deren Bestimmung auf die im GR. zu den (entgeltlichen) Mandaten gerechneten Fälle. Ähnlich bezeichnet Lenel aaO. als das Gebiet des § 675 die Fälle des „entgeltlichen Auftrages", die sich von den sonstigen Arbeitsverträgen dadurch unterscheiden, daß nicht der Erfolg selbst, sondern das Tätigwerden zwecks Herbeiführung des Erfolgs versprochen werde, sodaß der Lohn event. auch bei Ausbleiben des Erfolges gezahlt werden muß.

Ähnlich auch Goldmann-Lilienthal S. 602: § 675 gilt für alle Verträge, die, wenn die Entgeltlichkeit fehlte, wahre Aufträge darstellen würden.

ζ) Eigener Standpunkt: Die Lehre zu α) engt in einer weder durch den Sprachgebrauch noch durch den Wortlaut des Gesetzes gerechtfertigten Weise den Bereich des § 675 ein; ihre eigenen Anhänger können sie uns neuerdings mehrfach nur noch in einer Weise mundgerecht machen, die im Grunde bereits eine Sprengung der Lehre bedeutet. Es dürfte ihr gegenüber zunächst darauf ankommen, daß die Tätigkeit ein wirtschaftliches Resultat für den Geschäftsherrn mit sich bringt. Zur Geschäftsbesorgung gehören demnach zweifellos die Verträge mit Rechtsanwälten, Rechtsgelehrten behufs Anfertigung von Gutachten, Privatdetektivs, zum Teil auch die mit gewerblichen Arbeitern. Cosack rechnet, von seinem Standpunkt aus kaum

folgerecht, in weitem Umfang auch den Vertrag mit dem Gesinde dahin, obwohl doch dessen Tätigkeit in der Regel kaum „das Vermögen des Dienstempfängers rechtlich berührt"; jedenfalls nicht, wenn es „die Stube fegt oder die Kleider reinigt" (Cosacksche Beispiele!). Andererseits wird man nicht geneigt sein, das ganze Gebiet der Dienst- und Werkverträge zur Geschäftsbesorgung zu ziehen; daß das wenigstens nicht im Sinne des Gesetzes liegt, geht daraus hervor, daß der Zusatz: „der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat", sonst ganz inhaltslos wäre. Es bedarf aber noch einer weiteren Einschränkung: niemand wird eine ganz untergeordnete Hilfsleistung, z. B. Handreichungen eines Lehrlings bei Herstellung oder Übermittelung von Waren, zur Geschäftsbesorgung rechnen. Die danach nötige Einschränkung wird man aber schwerlich im Sinne Hellwigs vollziehen können. Denn sonst müßten, wie er nicht bestreitet, alle Werkverträge auf Geschäftsbesorgung gerichtet sein, was jedenfalls dem Standpunkt des Textes nicht entspricht. Beifallswerter erscheint Lotmars und Jägers Hinweis auf den Sprachgebrauch — gerade weil das Gesetz den Ausdruck ohne weitere Bestimmung aufnimmt, ist anzunehmen, daß es ihn im Sinne des Lebens verwendet wissen will.

Danach wird man zur Geschäftsbesorgung alle diejenigen Dienste zu rechnen haben, die:

αα) unmittelbar, als solche **für den Dienstberechtigten von wirtschaftlicher Bedeutung** sind — nicht nur in dem weiteren Sinne, wie oben zu § 241 Nr. 1 für alle Schuldverhältnisse ein Vermögensinteresse gefordert wurde. Ich würde also die Verträge mit Ärzten und Hauslehrern mit Cosack nicht dahin rechnen, aber auch nicht die Gesindeverträge als solche, sondern nur die auf Grund eines bestehenden Gesindeverhältnisses von der Herrschaft dem Gesinde zugewiesenen Geschäftsbesorgungen, z. B. Ankauf von Haushaltungsgegenständen.

ββ) bei denen zugleich auch dem Dienstpflichtigen wirklich die **Besorgung** eines Geschäftes, nicht nur eine unselbständige Hilfsleistung dabei überlassen wird. Der gewöhnliche Handarbeiter, der mir unter meiner unmittelbaren Leitung Handreichungen leistet, besorgt nicht meine Geschäfte, wohl aber der Werkmeister, der mich allgemein in der Leitung und Beaufsichtigung meiner Arbeiten vertritt.

Damit kommt man der Auffassung von Lenel und Goldmann nahe, ohne ihr doch schlechthin beizutreten. Denn wenigstens Lenels Formel hat das Bedenken gegen sich, daß sie, umgekehrt wie Hellwig, dem Text zuwider eigentlich nur Dienst- und gar keine Werkverträge unter § 675 einzubeziehen vermag. Denn ist die von §§ 611, 631 angenommene Lehre richtig, so ist Werkvertrag und Gefahrtragung des Unternehmers identisch, während nach Lenel bei der Geschäftsbesorgung niemals ein Erfolg, sondern nur Tätigkeit versprochen wird. M. E. hat dagegen ihr Begriff mit der Gefahrverteilung, also der Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag, an sich nichts zu tun. Ich stimme somit den Autoren zu b Abs. 2 wesentlich zu.

c) Auf die Verträge der unter b) festgestellten Art kommen zur Anwendung aus dem Rechte des Auftrages: die Anzeigepflicht bei Ablehnung der Geschäftsbesorgung nach § 663, die Befugnis zur Abweichung von den Weisungen des Dienstherrn nach § 665, die Pflicht zur Rechenschaftsablegung, zur Herausgabe des durch die Geschäftsbesorgung Erlangten, und die Verzinsungspflicht (§§ 666—8) des Dienstleistenden; ebenso die Vorschuß- und Erstattungspflicht des Dienstherrn (§§ 669—70); die Wirkungen des Todes und die relative Fortdauer des Verhältnisses zu Gunsten des gutgläubigen Dienstleistenden (§§ 672—4). Daß die Anwendung nur eine „entsprechende" sein soll, ergibt, soviel ich sehe, überall keine Besonderheiten. S. auch Hachenburg aaO. S. 17—33, wegen der Anwendbarkeit des § 673 Kipp aaO. S. 714—5 (bedeutsam davon nur Satz 2, Pflicht zum Weiterhandeln).

Außerdem findet auf diese Verträge nach § 23 Abs. 2 KO. auch der für den Auftrag gegebenene Erlöschungsgrund der Konkurseröffnung über das Vermögen des Geschäftsherrn Anwendung.

Nur hypothetisch, nämlich wenn der Geschäftsbesorger das Recht hat, fristlos zu kündigen, kommt das Verbot einer unzeitigen Kündigung aus § 671 Abs. 2 zur Anwendung. Wann das der Fall, ergibt das Recht des Dienst- und Werkvertrages; s. dafür die §§ 623, 626, 627, 643.

2. Im übrigen bleiben die entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträge Dienst- und Werkverträge; sie unterstehen daher auch neben den mitgeteilten Bestimmungen des zehnten den Sätzen des sechsten und siebenten Titels, soweit diese nicht mit den vorzugsweise geltenden erstgenannten unvereinbar sind. Eine solche

Unvereinbarkeit scheint mir nur in gewissem Sinne zwischen den §§ 644 und 670 vorzuliegen: trifft den Unternehmer beim Werkvertrag die Gefahr, so kann er bei Untergang des Werkes im allgemeinen auch wegen der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen keinen Lohn verlangen, das ergibt auch mittelst argumentum a contrario § 645. Dagegen nach § 670 liegt dem Auftraggeber eine Erstattungspflicht der Aufwendungen ohne Rücksicht auf den Erfolg ob, und hinter diesem nach § 675 für die Werkverträge mit Geschäftsbesorgung anwendbaren Satze muß § 644 folgerecht insoweit — natürlich nicht weiter — zurücktreten.

§ 676.

Wer einem anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt ist, unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis oder einer unerlaubten Handlung ergebenden Verantwortlichkeit, zum Ersatze des aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet.

E. I 604, E. II 607, RV. 663. — Mot. S. 554—5, Prot. II S. 380.

Literatur: Brunswig, Zeitschr. f. HR., **56** 77 ff., Staub, Exkurs zu § 349, S. 1078 ff., Wolff, Dissert. Berlin 1899. Insbesondere über die Auskunftsbureaus: Brückner, Recht **03** 295 ff., Sontag, Holdheims MSchr. **12** 141 ff.

1. **Rat und Empfehlung:**

a) Der in § 676 behandelte **Rat oder die Empfehlung** ist im wesentlichen identisch mit dem gemeinrechtlich sogen. „mandatum tua gratia", aus dem der „Mandant" nach der richtigen und herrschenden Lehre an sich nicht haftete, sondern nur entweder außerkontraktlich wegen dolus — nicht auch wegen culpa lata — oder kontraktlich auf Grund eines anderweit bestehenden selbständigen Vertragsverhältnisses (z. B. eines Auftrages zur Raterteilung) oder eines dieserhalb übernommenen Garantievertrages. S. l. 47 pr. D. 50,17: „consilii non fraudulenti nulla obligatio est", l. 12 § 13 D. 17,1, ferner Dernburg Pand. II § 115 No. 8—9 und die beachtenswerten Entscheidungen des RG. Bd. 23 Nr. 25 S. 132 und Bd. 27 Nr. 28 S. 118.

b) Dieser Gestaltung entspricht durchweg das neue Recht des § 676: **Der Raterteiler haftet im allgemeinen** auf Ersatz des aus der Befolgung des Rates entspringenden Schadens **nicht; er kann indes ausnahmsweise sich haftbar machen:**

α) **kontraktlich**, auf Grund eines Vertragsverhältnisses. Dieses kann entweder in der Erteilung von Rat aufgehen (so beim Anwalt, Auskunftsbureau) oder aber einen anderweiten Hauptzweck verfolgen, sodaß der Rat nur gelegentlich der anderweiten Hauptleistung erteilt wird, z. B. der Verkäufer oder Unternehmer erteilt Ratschläge wegen Benutzung der verkauften Sache, des gelieferten Werkes. S. Staub aaO. Anm. 9, 12, RG. 42 Nr. 30 S. 130 und RG. JS. I vom 31. 5. 1905 in DJZ. 05 861. (Rat des Bankiers bei Verkauf von Aktien usw. enthält kein selbständiges Geschäft, sondern ist Bestandteil des Kaufvertrages und danach hinsichtlich der Haftung zu beurteilen.) Dabei ist freilich zu beachten, daß der seinen Kunden den Ankauf von Papieren empfehlende Bankier ihnen zugleich als Sachverständiger gegenübertritt, woraus sich eine Haftbarkeit auch wegen bloß fahrlässig verschwiegener Mängel ableiten lassen dürfte; s. OLG. Dresden Rspr. VII S. 477.

Mit diesem Unterschied kreuzt sich ein anderer, indem das Vertragsverhältnis möglicherweise erst zugleich mit der Erteilung des Rates zustande kommt, möglicherweise aber der Grund der Haftung in einem **bereits bestehenden Vertragsverhältnisse** liegt, kraft dessen der eine dem anderen zur Erteilung des Rates oder doch zur Sorgfalt bei seiner Abgabe verpflichtet ist; etwa einem Dienstvertrage, Auftrage (s. § 666) und dergl. Der selbständige Vertrag auf Raterteilung ist nach der herrschenden Auffassung stets Werkvertrag; doch soll das nach Brunswigs wohl zutreffender Unterscheidung nur gelten, wenn die Erteilung objektiv richtigen Rates versprochen ist, während übrigens nur ein (möglicherweise auf Geschäftsbesorgung, s. § 675) gerichteter Dienstvertrag anzunehmen ist, S. 89 ff. Ähnlich Düringer-Hachenburg.

Unentgeltlichkeit der Raterteilung schließt das Vertragsverhältnis nicht aus, insbesondere dann nicht, wenn der Berater „im allgemeinen Rat und Auskunft berufs- oder gewerbemäßig erteilt"; Brunswig S. 85.

Häufig wird die Haftung wegen schlechten — selbst schuldhaft schlechten — Rates vertragsmäßig wegbedungen. Allein das schließt nach allgemeinen Grundsätzen die Haftung wegen Vorsatzes nicht aus, und wird auch sonst nicht immer voll durchgreifende Wirkung ausüben, s. näheres bei Brunswig S. 106ff., Staub Anm. 32.

Umgekehrt kann der Ratende die Haftung auch für objektive Richtigkeit des Rates übernehmen, sei es in dem beschränkten Sinne, daß er andernfalls nur keinen Lohn bekommen soll: dann liegt einfach Werkvertrag vor; sei es im Sinne einer — ausdrücklich oder stillschweigend übernommenen — **Garantie**, also einer eventuellen Ersatzpflicht wegen der Folgen des unrichtigen oder schlechten Rates (s. l. 12 § 13 cit. Dig. 17,1).

In der allgemein oder für einen besonderen Fall abgegebenen Erklärung, auf Anfragen Rat erteilen zu wollen, wird meist das Anerbieten zur Eingehung des einen oder andern der oben genannten Verträge zu finden sein; wird also demnächst mit Bezug darauf der Rat erbeten und erteilt, so macht sich der Erteiler vertragsmäßig wegen jeden Verschuldens haftbar.

Das gilt für die Auskunftsbureaus, Ärzte, Anwälte, wissenschaftlichen Sachverständigen. Aber zu weit würde es gehen, einen raterteilenden Sach- oder Kunstverständigen nur um dieser seiner Eigenschaft willen vertragsmäßig für seinen Rat haften zu lassen, so mit Recht Dernburg, Pand. aaO. gegen Vangerow. Noch weniger kann der bloße Umstand eine vertragsmäßige Haftung begründen, daß eine Persönlichkeit, zu deren „Berufsgeschäften es gehört, anderen in Geschäften beratend zur Seite zu stehen", einer zu ihm übrigens in keinerlei besonderem Rechtsverhältnis stehenden Person — etwa auf Veranlassung eines dritten — eine unrichtige Auskunft erteilt. Anders freilich RG. ZS. VI vom 27. 10. 1902, Bd. 52 Nr. 95 S. 366, s. aber dagegen die durchschlagende Kritik von Laband DJZ. 03 262.

Sogar eine allgemeine zwischen den Parteien bestehende **Geschäftsverbindung** kann unter Umständen geeignet sein, die Pflicht zu einer erhöhten, vertragsartigen Sorgfalt und damit eine Haftung für jedes Verschulden zu begründen, wenn sie auch an sich kein eigentliches Rechtsverhältnis darstellt. So mit Recht die beachtenswerte Entscheidung des RG. Bd. 27 Nr. 28 S. 118ff. Denn es bilde sich dadurch ein Vertrauensverhältnis aus, „in welchem die Wahrung von Treu und Glauben in erhöhtem Maße und in weiterem Umfange, als im Verkehr zwischen einander fremd gegenüberstehenden Personen zur notwendigen Übung wird". Und dieses Vertrauensverhältnis, kann man hinzufügen, begründet gemäß dem — aus den Parteizwecken mittelst Beurteilung nach Treu und Glauben zu entnehmenden — vermutlichen Parteiwillen eine stillschweigend übernommene Sorgfaltspflicht bei Erteilung der einzelnen Auskünfte und Ratserteilungen.

Diese Entscheidung wird auch von den meisten anderen Autoren als für das neue Recht zutreffend erachtet, so von Brunswig S. 82—3, der mit Recht den Rat in derartigen Fällen als in wirtschaftlichem Sinne entgeltlich erteilt bezeichnet, ferner von Staub Anm. 13, der auch auf den analog liegenden Fall einer Zeitschrift verweist, die ihren Abonnenten Ratschläge zu erteilen allgemein versprochen hat; das Äquivalent für den zu erteilenden Rat liege dabei im Abonnementspreise. Skeptisch gegen die Richtigkeit der zitierten Entscheidung im Sinne des neuen Rechts Riezler S. 89, auch Wolff S. 30.

β) **Deliktisch** macht sich der Raterteilende verantwortlich, wenn in seinem Verhalten der Tatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne der §§ 823ff. zu finden ist. Man könnte geneigt sein, darin eine Verschärfung der bisherigen Haftung auf jedwedes Verschulden zu finden; indes wohl mit Unrecht, denn da in der Erteilung des schlechten Rates in der Regel (durch diese Einschränkung dürfte die Polemik von Goldmann-Lilienthal S. 705 gegen meine Auflage 1 entwaffnet werden) nicht die Verletzung eines der nach § 823 Abs. 1 genannten speziellen Rechte gefunden werden kann, bleibt für die außerkontraktliche Haftung insoweit nur übrig (so auch Enneccerus S. 705):

α) Der § 823 Abs. 2, wenn in der Erteilung des schlechten Rates ein Verstoß gegen das Strafgesetzbuch zu finden ist, was offenbar nur selten, etwa bei Vorhandensein eines Betruges im Sinne von § 263 StGB., der Fall sein kann.

β) Der § 826, wonach der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einen anderen vorsätzlich Schädigende ihm für den Schaden verantwortlich wird.

γ) Dagegen kommt die Haftung aus § 824 nicht gegenüber dem Beratenen in Betracht, sondern nur gegenüber dem dritten, über dessen Verhältnisse Auskunft, oder in bezug auf den Rat erteilt wird, Staub Anm. 26.

2. **Anhang: auftragsähnliche Geschäfte.** In der gemeinrechtlichen Literatur werden herkömmlich im Zusammenhang mit dem Mandat gewisse nahe verwandte Verträge abgehandelt, die sich im BGB. teils nicht an dieser Stelle, teils überhaupt nicht besonders geregelt finden. Es sind:

a) Der **Kreditauftrag**, s. über ihn § 778 und Bem. dazu.

b) Die **Anweisung**; im BGB. als 21. Titel besonders dargestellt, s. §§ 783—97.

c) Der **Trödelvertrag**, s. dazu oben vor § 652 Nr. 7.

d) Der **Garantievertrag**, s. darüber Stammler im ArchZivPrax. **69** 1 ff., Unger in Iherings Jahrb. **33** 299 ff., Enneccerus S. 764 ff., auch RG. bei Seuffert 55 Nr. 136 S. 273 ff., wo besonders über das Verhältnis mehrerer Garanten zu einander gehandelt wird. Er „bezweckt die Unterstützung geplanter Unternehmen dadurch, daß man deren Risiko ganz oder teilweise auf sich nimmt", Dernburg, Pand. II § 119 Nr. 2. Also z. B. die Garantien wegen eines etwaigen Ausfalles einer Ausstellung; die staatlichen oder kommunalen Garantien zu gunsten von Eisenbahnen. Das BGB. erwähnt ihn nicht besonders (s. Mot. S. 658), man wird im allgemeinen die Sätze des Auftrages mutatis mutandis darauf anwenden können.

Der Garantievertrag wird abgeschlossen zwischen dem Garanten und dem zu unterstützenden Unternehmer, nicht zwischen jenem und den Gläubigern des Unternehmers. Sollen, was bisweilen die Absicht sein kann, diese direkte Rechte aus dem Vertrage erwerben, so kann das auf dem Wege eines Garantievertrages zu gunsten dritter vermittelt werden nach §§ 328 ff.

Der Garantievertrag ist keine Bürgschaft, da er selbständige Verpflichtungen begründet, sich nicht akzessorisch an eine Hauptpflicht anschließt. Die Formvorschrift des § 766 ist somit auf ihn unanwendbar, RG. JS. VI vom 29. VI. 1905, Recht 1905 S. 500 Nr. 1933.

Im Unterschied vom Auftrag **erwirbt der Garant keinen Anspruch auf Ausführung** des Unternehmens, ihm braucht auch nicht das „Erhaltene" (§ 667) herausgegeben zu werden. Andererseits haftet er auch nicht für die gesamten Kosten, sondern nur in der vertragsmäßig näher zu bestimmenden Weise für das Defizit, Mindererträgnis des Unternehmens, auch wohl für die Kosten der Fertigstellung, soweit die Mittel des Unternehmers versagen sollten. Alles dies im Zweifel einschließlich der Folgen unvorhersehbarer Unfälle, aber nicht auch eines nachlässigen Verhaltens des Promissars in Ausführung und Betrieb des garantierten Unternehmens.

Elfter Titel.

Geschäftsführung ohne Auftrag.

Vorbemerkung.

Literatur: Die bisherige s. bei Windscheid II § 430 a. A., hervorzuheben daraus sind die verschiedenen Arbeiten von Ruhstrat, Sturm, Zimmermann, ferner Wlassak. Dazu kommen Kohler in Iherings Jahrb. **25** 9 ff., Thon im ArchZivPrax. **80** 77 ff. Zum BGB. Sturm, Die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem BGB., 1897 (recht knapp!); bedeutender Isay, Geschäftsführung nach dem BGB. 1900 (dazu Fr. Leonhard, KrVJSchr. **44** 404 ff.),

Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, 1903. Ferner Lasker, Dissert. Erlangen 1901; manches auch bei Baring, SächsArch. **14** 529ff.

1. **Verhältnis zum Auftrag; Stellung im System:** Die Geschäftsführung ohne Auftrag, negotiorum gestio, ist dem Auftrag nahe verwandt, indem sie, wie dieser, die Führung fremder Geschäfte zum Gegenstand hat. Nur führt der Beauftragte diese auf Grund der vertragsmäßigen Übernahme, der Geschäftsführer ohne solche aus eigenem Antrieb. Die Verwandtschaft zeigt sich auch historisch darin, daß die actio mandati sich in Rom erst allmählich aus der zuerst alle Fälle einer Führung fremder Geschäfte umfassenden actio negotiorum gestorum heraus entwickelt zu haben scheint, Wlassak aaO., Dernburg, Pand. II § 121. Dieser Verwandtschaft entspricht es, wenn der zweite Entwurf, und mit ihm das BGB., im Gegensatz zum ersten die Geschäftsführung gleich hinter den Auftrag gestellt haben, obwohl sie nicht zu den vertragsmäßigen Schuldverhältnissen gehört, sondern höchstens zu den vertragsähnlichen, den obligationes quasi ex contractu im Sinne des Römischen Rechts. Nach Endemann § 178 Anm. 3 soll die Geschäftsführung übrigens geradezu Rechtsgeschäft sein; dagegen, soweit ich sehe, alle andern Autoren. Dies mit Recht; denn die Wirkungen treten ohne jede Rücksicht darauf ein, ob der Geschäftsführer gerade sie beabsichtigt hat. Sie ist vielmehr nur eine Rechtshandlung, s. auch Bem. 1 zu § 681.

2. **Begriff der Geschäftsbesorgung:** Er entspricht zunächst dem oben in der Vorbem. zum Auftrag Nr. 3a Ausgeführten; die inhaltliche Gleichstellung ergibt sich nicht nur aus der historischen Entwicklung, sondern für das BGB. auch aus der Gleichheit des Wortlautes in den §§ 662 und 677 sowie der Nebeneinanderstellung beider Materien. Es kann daher auf das dort Gesagte verwiesen werden.

Insbesondere braucht es sich nicht um die Vornahme eines Rechtsgeschäftes zu handeln (Einkauf von Waren, Prozeßführung); auch blos faktische Dienstleistungen gehören hierher: ich nehme die von einem andern verlorene Sache in Verwahr, pflege die verlassenen Haustiere meines Nachbars während dessen Abwesenheit.

Wie aber, wenn der vorgenommene Akt überhaupt keinen geschäftlichen Charakter in dem vor § 662 und zu § 675 entwickelten Sinne aufweist? Z. B. Hilfsexpeditionen zur Rettung eines verstiegenen Bergsteigers, ärztliche Hilfsleistung? Mit Recht verlangt Crome (§ 253 Nr. 1) die Anwendung der Geschäftsführungsregeln auch auf diesen Fall; er nähert sich mit dieser weitgehenden Auffassung dem bereits von Kohler aaO. entwickelten Leitgedanken für die Geschäftsführung als einer „Menschenhilfe im Privatrecht". Zweifeln kann man nur darüber, ob die Anwendbarkeit der §§ 677ff. auf derartige Fälle eine direkte oder nur eine entsprechende sei. Für die erste Alternative Crome unter Berufung auf § 680 sowie die Erwägung, daß die Geschäftsführung ein Gegenstück nicht nur des Auftrages, sondern sämtlicher Lohnverträge sei. Doch wird man vorsichtiger vielleicht mit einer nur entsprechenden Anwendung operieren, die im wesentlichen dieselben Dienste leistet, und demnach zwischen einer Geschäftsführung im engeren und weiteren Sinne scheiden. Zu eng jedenfalls Isay S. 46ff., der den Begriff allgemein auf vermögensrechtliche Einwirkungen einschränken will, aber ohne durchschlagende Gründe und unter dem bedeutsamen Zugeständnis, daß das GR. weiter gegangen sei. Zu eng auch Staudinger Nr. 2a (Verweisung auf §§ 812ff. oder stillschweigende Vereinbarung).

3. **Das Geschäft muß „für einen Andern" besorgt werden.**

a) Nur dieses subjektive Moment (s. darüber näher unter c) scheint nach dem Wortlaut des § 677 belangvoll; es ist aber selbstverständlich, daß es da nicht genügen kann, wo es mit den realen Tatsachen in Widerstreit steht, d. h. wo das für fremd gehaltene Geschäft in Wahrheit ein eigenes des Führenden ist. Denn hier fehlt die zur Entstehung eines Schuldverhältnisses notwendige Verschiedenheit des Berechtigten und Verpflichteten. Das ergibt auch die Analogie von § 686.

b) Andererseits ist es im Sinne des BGB. ebenso, wie im wesentlichen nach den bisherigen Rechten, für den Begriff der Geschäftsführung grundsätzlich belanglos, ob das zu führende Geschäft schon an sich, durch seine Eigenart notwendig dem fremden Interessenkreise angehört: **„objektiv fremdes Geschäft"**, s. l. 5 § 13 D. h. t. 3, 5: „alterius re ipsa gestum negotium", z. B. Pflege des fremden Tieres, Reparatur des fremden Hauses, oder ob das Geschäft an sich „neutral ist, d. h. eine notwendige Beziehung zu einem bestimmten Vermögen nicht hat" (Dernburg aaO.), und nur durch die Willensrichtung des Führenden eine solche zu dem Andern erlangt: **„subjektiv fremdes Geschäft"**, z. B. Ankauf von Waren für einen Bekannten, Miete einer Wohnung für

ihn; l. 5 § 11 cit.: „negotium quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum". S. auch Isay S. 51 ff., 69: objektiv fremd ist ein Geschäft, wenn es nach der Verkehrsanschauung infolge seines Inhalts oder seines Gegenstandes von einem dem Handelnden fremden Interesse beherrscht wird.

Aus der grundsätzlichen Gleichstellung beider Arten und der fehlenden Scheidung im Gesetzestexte folgt nicht ihre Verschmelzung; vielmehr ist der Gegensatz nicht nur in der Natur der Verhältnisse an sich begründet, sondern auch praktisch von Bedeutung (dafür auch, außer Isay, Brückmann S. 40—1; Crome § 254 Z. 2—3; Kipp-Windscheid S. 854, gegenüber der Annahme der Mot., die u. a. Staudinger zu § 677 Nr. 2b teilt).

Er äußert seine Bedeutung in der Verschiedenheit des erforderlichen subjektiven Momentes (s. unten c) und ist zum Verständnis der §§ 686—7 unentbehrlich, s. Bem. dazu.

c) Die Besorgung „für einen Anderen" erfordert beim objektiven fremden Geschäft nach der richtigen Auffassung (so treffend Isay S. 101; zustimmend Leonhard S. 417; anders meine Aufl. 1) keine direkte Absicht, gerade für ihn zu handeln; es genügt vielmehr ein Bewußtsein, zwar nicht von der Fremdheit des Geschäftes allein, da sonst auch die Geschäftsführung im eigenen Interesse eine wahre Geschäftsführung wäre, was nach § 687 Abs. 2 nicht zutrifft. Wohl aber davon, daß der Akt wegen der Fremdheit des Geschäftes auch der Befriedigung fremden Interesses diene. Wo jemand nur dieses Bewußtsein hat, besorgt er das Geschäft notwendig für den andern, einerlei, welche Absicht ihn dabei übrigens bestimmt haben mag.

Wenn aber Isay weitergehend schon bei grobfahrlässiger Unkenntnis über die Fremdheit des Geschäftes das Gestionsverhältnis entstehen läßt, so wird das durch das Gesetz nicht begünstigt; dagegen auch Leonhard S. 413. Für den anderen ist das Geschäft hier eben nicht besorgt. Selbst an eine unechte Geschäftsführung im Sinne des § 687 Abs. 2 ist hier nicht zu denken, da dem BGB. ein Satz des Inhalts, daß grob unentschuldbares Nichtwissen dem Wissen gleichstehe, fernliegt.

Beim bloß subjektiv fremden Geschäft dagegen erscheint eine Absicht, für den Andern zu handeln, unerläßlich; für ein bloßes Bewußtsein einer vorhandenen Fremdheit ist hier, da sie erst durch die Willensrichtung ihrerseits geschaffen werden soll, kein Raum, s. auch Brückmann aaO.

Aber auch bei bloß subjektiv fremden Geschäften ist keineswegs zu erfordern, daß der Geschäftsführer in einer dritten Personen erkennbaren Weise für den Geschäftsherrn handle. Das würde weder der bisherigen Lehre entsprechen, noch der Analogie des Auftrages, noch endlich dem Wortlaute des Gesetzes. Natürlich muß aber die Absicht der Geschäftsbesorgung für den bestimmten andern irgendwie erweislich sein, s. l. 5 § 11 cit.

d) Der bloße Umstand, daß das Geschäft ein objektiv fremdes ist, genügt nach dem Gesagten nicht, um den Tatbestand der Geschäftsführung hervorzubringen. Wenn **fremde Geschäfte als eigene** geführt werden, sei es im Irrtum über diesen ihren Charakter, sei es aus gewinnsüchtiger Absicht, so sah man darin schon bisher keine echte, sondern höchstens eine unechte, mit besonderen Wirkungen ausgestattete negotiorum gestio. Das ergibt sich für das BGB. aus dem in § 677 aufgestellten Erfordernis des Handelns für einen andern. Die unechte Geschäftsführung wird dagegen in § 687 behandelt, s. Bem. dazu.

Dagegen ist nicht erforderlich, daß man die Person des wahren Geschäftsherrn kennt; Unwissenheit und Irrtum darüber schaden nichts bei vorhandenem Geschäftsführungsbewußtsein, § 686 und Bem. dazu.

e) **Wie, wenn das Geschäft teils ein eigenes, teils ein fremdes war?** Z. B. ein Miteigentümer macht Aufwendungen auf das gemeinsame Grundstück, ein Student mietet ein Zimmer für sich und seinen Freund. Das wird der Annahme der Geschäftsführung wegen des Teiles des Aktes, der für den Andern vorgenommen war, schwerlich entgegenstehen, einerlei, ob das gemeinsame Geschäft im übrigen als teilbares anzusehen ist oder nicht. Der Zweifel einiger römischen Juristen, ob nicht die actio negotiorum gestorum für den Miteigentümer hinter der actio communi dividundo zurückzustehen habe, war nur prozessualisch-technischer Natur und hat vollends für das neue Recht jedwede Bedeutung verloren. Richtig ist allein, daß für das Verhältnis der Gemeinschafter an erster Stelle die Sätze der §§ 741 ff. zur Anwendung kommen, die in mehrfacher Beziehung über diejenigen unseres Titels hinausgehen (§§ 748/55). Im übrigen behält es aber auch für die Gemeinschafter bei diesen sein Bewenden.

4. **Auf die Gesinnung** kommt es bei der Geschäftsführung ebensowenig, wie bei der Schenkung an; Geschäftsführer ist auch, wer bei der Handlung in oder neben dem Vorteil des andern den eigenen zu fördern versucht.

5. Dagegen setzt die Geschäftsführung **den Mangel eines** Auftrages oder eines sonstigen besonderen, den gestor dem Geschäftsherrn gegenüber **zum Eingreifen berechtigenden Verhältnisses** voraus. So im Anschluß an das bisherige Recht ausdrücklich § 677 Satz 1. Sie wird somit ausgeschlossen:

a) durch einen derartigen Vertrag: Auftrag, Dienst-, Werk-, Mäklervertrag usw.;

b) durch gesetzliche Vertretung: als Träger der elterlichen Gewalt, Vormund, Pfleger, Konkurs- oder Nachlaßverwalter.

c) durch eine Amtspflicht, für den andern zu handeln, auch wo sie nicht gerade eine gesetzliche Vertretung desselben enthält, z. B. ein Konsul hat die Hinterlassenschaft eines Angehörigen des von ihm vertretenen Staates in Verwahrung zu nehmen, Mot. S. 856. Denn in der Pflicht liegt auch natürlich das in § 677 geforderte Recht den Interessenten gegenüber, so für sie zu handeln.

Dagegen verschlägt die einem dritten gegenüber bestehende Pflicht zum Eingreifen hinsichtlich der Anwendbarkeit der §§ 677 ff. nichts, sofern nur dadurch der Geschäftsherr nicht gerade ein Recht darauf erlangt und der Geschäftsführer nicht lediglich als Gehilfe oder Vertreter des dritten gehandelt hat (s. für diesen Fall besonders Entw. I § 760 und unten § 686 Bem. 2). Das entspricht der herrschenden und richtigen Meinung des GemR. s. Dernburg, Pand. aaO. No. 2—3 und 9, für das neue Recht ergibt es sich evident daraus, daß in solchem Falle die Voraussetzungen des § 677: Handeln für einen andern, ohne ihm gegenüber dazu berechtigt zu sein, offenbar erfüllt sind. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Verpflichtung dem dritten gegenüber durch Vertrag oder Gesetz entstanden, ob ferner der dritte ein Privatmann oder die Obrigkeit ist. So auch für den ersten Fall l. 3 § 4, für den zweiten l. 3 § 10 h. t. (tenetur et is, qui aliqua necessitate urguente vel necessitatis suspicione gessit).

Dabei taucht wiederum die bisher bestrittene (für ihre Bejahung früher Dernburg aaO., anders jetzt BR. II § 299 Anm. 12, für ihre Verneinung Entsch. des PrOTr. 81 217 ff., des RG. 14 Nr. 49 S. 147, ferner Kohler aaO. S. 107 und die dort angeführte weitere Judikatur) Frage auf, ob dem öffentlichen Armenverbande gegen die unterhaltspflichtigen Verwandten des von ihnen unterstützten Armen die Ansprüche aus der Geschäftsführung zustehen?

Sie ist — nach § 687 Abs. 1 — sicherlich dann zu verneinen, wenn der öffentliche Verband geglaubt hat, primär verpflichtet zu sein — denn er hat insofern weder Absicht noch auch nur Bewußtsein besessen, für die Unterhaltspflichtigen zu handeln (wobei aber natürlich bloße Zweifel über das Vorhandensein von solchen oder Unkenntnis ihrer Personen einem solchen Glauben nicht gleichstehen).

Eine weitere Abgrenzung der Streitfrage ergibt sich dadurch, daß ein Teil der einschlägigen Fälle besonders geregelt ist, s. Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz vom 6. VI. 1870, § 62. Diese Vorschrift überholt die etwa anwendbaren Regeln der Geschäfsführung, indem sie dem Armenverband, der auf Grund des zitierten Gesetzes einen Hilfsbedürftigen unterstützt hat, einen unbedingten Ersatzanspruch gegen den Unterhaltungspflichtigen im Rahmen von dessen vorhandener Verpflichtung gegenüber dem Unterstützten zubilligt. Dieser Anspruch ist von einer Geschäftsführungsabsicht und einer Kenntnis vom Vorhandensein eines pflichtigen dritten gänzlich unabhängig.

Ob das ein (erweiterter) Geschäftsführungsanspruch sei, ist sehr bestritten und wohl eher zu verneinen; dagegen außer den zuvor genannten Mantey bei Gruchot 42 560—1; Schäfer das. 41 230 ff., die in § 62 einen gesetzlichen Übergang der Ansprüche des Unterstützten auf den unterstützenden Verband anerkannt sehen. Das dürfte in der Tat zutreffen; daß der Anspruch gerade nur in den Grenzen jener Ansprüche zusteht, ist dafür mindestens ein bedeutsames Moment. Daraus ergibt sich die wichtige Folgerung, daß dem Ersatzanspruch des Verbandes gegenüber die begonnene Verjährung weiterläuft, nicht etwa für einen neu entstandenen Geschäftsführungsanspruch eine Verjährung erst beginnt, so auch Mantey aaO., Schäfer bei Gruchot 41 239 ff. Auch ist nicht anzunehmen, daß nach Ablauf der Verjährung dem Verbande nunmehr noch ein Geschäftsführungsanspruch unter den gewöhnlichen Voraussetzungen zustehen solle; denn zweifellos will § 62 für sein Gebiet die Frage der Ersatzansprüche ausschließend regeln.

Aber auch im übrigen kann ich an meiner früheren Annahme, daß dem Armenverbande die Geschäftsführungsansprüche zuständen, nicht mehr festhalten. Nach EG. Art. 103 bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, die den Armenverbänden bisher einen Ersatzanspruch besonders gewährten, durch das BGB. unberührt. Hieraus ist doch wohl zu entnehmen, daß, soweit solche positive Ersatzpflicht noch nicht vorhanden ist, auch auf Grund unseres Titels eine solche nicht entstehe. Denn wäre der Ersatzanspruch schon ein kraft Reichsrecht bestehender, so hätte die Konservierung des Landrechts keinen Sinn. Der Erklärungsversuch in Aufl. 1, der Vorbehalt habe insofern Bedeutung, als er für jene Landesrechte jedweden Zweifel von vornherein ausschließe, und außer Frage stelle, daß wegen der Regelung im einzelnen das bisherige Recht maßgebend bleibt, kann nicht befriedigen.

Vielmehr ist anzunehmen, daß die nach Art. 103 aufrechterhaltenen Landesgesetze eine übrigens vorhandene Lücke ausfüllen, keineswegs neben oder hinter ihnen die gewöhnlichen Regeln der Geschäftsführung Platz greifen sollen. Auch für die Staaten, in denen eine Sonderregelung fehlt, kann nichts anderes gelten, da der Gesetzgeber ja zu erkennen gegeben hat, daß sich neben § 62 cit. die hier behandelte Frage nur nach Landesrecht regeln solle. Ob, davon abgesehen, nach allgemeinen Grundsätzen hier Platz für ein Geschäftsführungsverhältnis wäre, kann danach positivrechtlich nicht in Betracht kommen.

Die einzelstaatlichen Vorschriften können hier nicht dargestellt werden, s. die Angaben in den Kommentaren zu Art. 103 cit., besonders Niedner Nr. 2; für Bayern auch Oertmann, Bayr. Landesprivatrecht S. 244—5. Speziell wegen der streitigen Frage nach der Zulässigkeit des Rechtswegs in Preußen s. O. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen S. 194—5, Schäfer aaO. S. 278ff., PlBeschl. des RG. vom 27. IV. 1898 41 267 (im Gegensatz zum OT. dafür).

Keinesfalls steht der Umstand der Geschäftsführung im Sinne des vorliegenden Titels entgegen, daß man sich irrtümlicherweise dem Geschäftsherrn gegenüber zum Eingreifen für berechtigt oder verpflichtet hielt, z. B. der an den X bestimmte Auftrag wird versehentlich dem Y übermittelt, und dieser handelt nun im Glauben, wirklich beauftragt zu sein. Das war schon im Gemeinen Recht anerkannt, s. Windscheid § 431 Z. 1, und muß auch für das neue Recht nach dem Wortlaut von § 677 gelten, Kipp daselbst. Nur scheidet Windscheid davon zutreffend den Fall (s. § 430 Anm. 15), wo man eine besondere Leistung an den Geschäftsherrn im Glauben vollzog, dazu verpflichtet zu sein: natürlich, mit Erfüllung einer Pflicht führt man an sich nur ein eigenes Geschäft, nicht ein solches des Empfängers, nicht die Leistung, sondern erst das Geleistete gehört in dessen Vermögensbereich; es sei denn, daß die Leistung selbst bereits an Vermögensstücken des andern vorgenommen wird. Durch Vermengung dieser beiden verschiedenen Fälle kommt OLG. Stettin, Rspr. VIII S. 77 zu der verfehlten Annahme, daß der Putativunternehmer Ersatz nur nach § 812ff. verlangen könne.

6. Ob die Handlung nur **ohne den Willen**, oder geradezu **gegen das Verbot des Geschäftsherrn** vorgenommen wurde, macht für den Begriff der Geschäftsführung keinen Unterschied, wohl aber für die Wirkungen: nur ersterenfalls kann sie eine für den Herrn „verbindliche" sein; letzterenfalls ist sie in der Regel (anders § 679) unverbindlich, und damit modifizieren sich die Rechte, verschärfen sich die Pflichten des Geschäftsführers, §§ 678, 683, s. Bem. dazu.

7. Aus der Geschäftsführung entspringen **wesentliche Verpflichtungen des Geschäftsführers**, §§ 677—82 („actio negotiorum gestio directa"); nur akzidentell, wie beim Auftrag, daneben auch solche des Geschäftsherrn, §§ 683—6.

8. Für den Fall einer **Mehrheit der Geschäftsführer** ist im Gesetz nichts vorgesehen, es entscheiden daher die allgemeinen Regeln: ist ihr Handeln, wie wohl meistens, ein unteilbares, so haften sie nach § 431 als Gesamtschuldner, sonst anteilsmäßig.

9. In zahlreichen anderen Bestimmungen des BGB. wird auf die Vorschriften unseres Titels als anwendbar verwiesen, so in §§ 450 Abs. 2, 547 Abs. 2, 601 Abs. 2, 994 Abs. 2, 1049 Abs. 1, 1216, 1959 Abs. 1, 1978 Abs. 1 und 3, 1991, 2125.

10. **Actio de in rem verso:** Eine solche im Sinne des GemR. (s. darüber neuestens und bestens v. Tuhr, actio de in rem verso, 1895) oder Landrechts (I, 13, §§ 262ff.) ist dem BGB. nicht bekannt, s. darüber Mot. S. 871—3, v. Tuhr S. 333ff. Sie ist durch die Ausbildung der direkten Stellvertretung schon bisher eines guten Teiles ihrer Bedeutung beraubt, und für das BGB. ist sie vollends auch für die meisten sonstigen Fälle überflüssig: war der Geschäftsführer bevollmächtigt, oder genehmigte

der Geschäftsherr nachher die Handlung, so haftet dieser dem dritten natürlich aus dem Vertrage; handelte der Geschäftsführer als sog. falsus procurator, so haftet er selbst nach § 179. Trat er endlich im eigenen Namen auf, so wußte der dritte, daß er es nur mit ihm zu tun habe, und kann sich füglich über seine etwaige Insolvenz nicht beklagen; gegebenenfalls mag er auf Grund eines erwirkten rechtskräftigen Urteils die Regreßansprüche seines Schuldners gegen den Geschäftsherrn (aus Auftrag, Geschäftsführung usw.) pfänden und sich überweisen lassen. Im Konkurse des Geschäftsführers freilich versagt dieses Mittel, da dem dritten ein Aussonderungsrecht an dem erwähnten Regreßanspruche nach dem BGB. nicht gewährt ist.

Teilweise anders würde die Gestaltung sein, wenn man sich der von Dernburg und Crome verfochtenen Lehre anschließen dürfte, wonach im BGB. ein der landrechtlichen Verwendungsklage entsprechender Bereicherungsanspruch anerkannt sei, s. darüber und dagegen Vorbem. 2d vor § 812.

§ 677.

Wer ein Geschäft für einen anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, hat das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert.

E. I 749[1], E. II 608, RB. 664. — Mot. S. 854—57, Prot. II S. 725—27.

1. **Prinzip**: Der § 677 beschäftigt sich mit der grundsätzlichen Pflicht des Geschäftsführers; er legt ihm auf, das Geschäft für den andern in der im Text angegebenen Weise zu führen:

a) er muß also das Geschäft **führen**. Es zu beginnen, war der Geschäftsführer, wenigstens dem Geschäftsherrn gegenüber, nicht verpflichtet; nachdem er es aber einmal unternommen, darf er das Geschäft nicht einfach liegen lassen, sondern ist zur Fortführung zwar nicht schlechthin (so Aufl. 1, dagegen mit Recht Dernburg § 301, VI, Goldmann-Lilienthal S. 709), aber doch insoweit verpflichtet, als das Abstehen von der weiteren Geschäftsführung den Geschäftsherrn gefährden oder schädigen würde. So darf der gestor z. B. nicht das in Pflege genommene Pferd verhungern oder laufen lassen; wohl aber darf er im allgemeinen in der unternommenen Reparatur der fremden Sache einhalten.

b) bei der Geschäftsführung muß der gestor einer doppelten Richtschnur folgen:

α) **dem Interesse des Geschäftsherrn;**

β) **der Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen.**

S. über das Verhältnis dieser beiden Gesichtspunkte Brückmann aaO. S. 134ff.; Ernst, ArchZivPrax. **96** 440ff.

Die Beachtung des einen Momentes allein genügt nicht; der Geschäftsführer ist nicht berechtigt, eine im objektiven Interesse des Geschäftsherrn liegende Handlungsweise einzuschlagen, wenn er wußte oder wissen mußte, daß sie seinem Willen widersprechen würde, z. B. darf er das für ihn gekaufte Buch nicht binden lassen, wenn er wußte, daß jener seine Bibliothek in ungebundenem Zustande zu halten pflegte. Andererseits darf er nicht eine dem Willen des Geschäftsherrn vermutlich entsprechende Handlung vornehmen, wenn er sie für objektiv unnütz oder schädlich halten mußte; wer für mich einen Gegenstand ersteht, darf ihn nicht in einem als besonders teuer oder unreell bekannten Geschäfte kaufen, auch wenn ich dort Kunde bin.

Dabei stehen die beiden Momente nicht selbständig und unvermittelt gegenüber. Das Verhältnis ist vielmehr folgendes:

α) Einmal kommt es auf den erweislichen oder doch zu vermutenden Willen des Geschäftsherrn an; das ergibt deutlich § 678, wonach das Geschäft bei einem gegenteiligen Willen desselben grundsätzlich unterbleiben muß.

β) Aber daneben, nicht dahinter kommt das Interesse des Herrn in Frage. Weder kann der Geschäftsführer durch Berufung auf das bloße Interesse des Herrn dessen gegenteiligen Willen unbeachtbar machen, noch kann er durch Berufung auf den Willen des Herrn die Berücksichtigung von dessen Interesselosigkeit hintanhalten. Anders anscheinend Brückmann S. 139. Ihm ist zuzugeben, daß nur der Mangel des Willens, nicht schon der des Interesses die Ersatzpflicht aus § 678 herbeiführt. Aber nicht nur verlangt § 683 für die Verbindlichkeit der Geschäftsführung dem

Herrn gegenüber neben, ja vor dem Willen, die Berücksichtigung des Interesses, sondern auch bei der Führung des übernommenen Geschäftes müssen beide Momente, wiederum das Interesse im Sinne des Textes vorwiegend, berücksichtigt werden.

Grundlegend ist somit fast überall das Interesse des Geschäftsherrn, und erst innerhalb des Kreises der durch das Interesse gestatteten Handlungen ist auf den Willen Rücksicht zu nehmen. Man kann daher nicht sagen, daß in § 677 das sogen. subjektive Prinzip der Geschäftsführung anerkannt wäre (so Fischer-Henle No. 6—7, sowie, besonders entschieden, Sturm und Ernst aaO., S. 480). Ihnen ist nur zuzugeben, daß das Interesse nach § 678 nicht rein objektiv abgegrenzt, sondern in seinem zu ermittelnden Inhalt nach dem Text durch die Berücksichtigung der subjektiven Neigungen und Zwecke des Herrn mitbestimmt wird; es ist eine petitio principii, wenn Ernst das Interesse im Sinne von „Zweck" bloß subjektiv faßt. Er nimmt übrigens das strenge subjektive Prinzip nur für die Übernahme der Gestion (§ 683), nicht für ihre Ausführung (§ 677) als geltend an, S. 490, 493; bei dieser soll es zwar nicht beseitigt, aber abgeschwächt sein. Ich kann selbst dem nicht folgen. Nach dem m. E. unzweideutigen Wortlaut kann die Willenslage nur zur Bestimmung und Auslegung des Interessenerfordernisses, nie im Sinne seiner Korrektur aufgerollt werden. Dies mit Recht. Es wäre ein sozial bedenklicher Individualismus, wenn der Geschäftsführer die unberechtigten, durch kein reales Interesse begründeten Eigentümlichkeiten des Herrn als oberstes Leitprinzip zugrunde legen dürfte. S. die obigen Beispiele, die sich leicht vermehren ließen.

Andererseits darf freilich auch der in Betracht zu ziehende mutmaßliche Wille ebensowenig einfach aus dem Interesse bestimmt werden, wie dieses aus dem Willen; er ist vielmehr aus den Neigungen, Gewohnheiten, Liebhabereien usw. des Herrn zu entnehmen. Nur soweit sich in diesen Beziehungen oder aus anderen Gesichtspunkten nichts für einen so oder so beschaffenen Willen des Herrn entnehmen läßt, bleibt es bei der alleinigen Berücksichtigung des Interesses.

Stehen Wille und Interesse in unausgleichlichem Gegensatz, so wird der Geschäftsführer sich der Einmengung grundsätzlich zu enthalten haben. Wo das aber im Rahmen einer einmal unternommenen Geschäftsführung nicht mehr angeht, da dürfte es sowohl rechtspolitischen Erwägungen wie dem Gesetzestexte entsprechen, dem Interesse, das in § 677 sowohl wie in § 683 doch an erster Stelle hervorgehoben wird, den Vorzug zu geben. Beispiel: X. nimmt das verirrte Kind des Y. in sein Haus auf. Das Kind erkrankt dort, bevor es heimgebracht werden kann. X. wird nunmehr das Recht und die Pflicht haben, einen studierten Arzt hinzuzuziehen, obwohl Y., wie er weiß, eine unüberwindliche Abneigung gegen alle Ärzte hat und nur auf die Naturheilmethode schwört.

Nach alledem folgt das Gesetzbuch einer vermittelnden, oder, wenn man will, kumulierenden Theorie: nicht Interesse oder Wille, sondern Interesse und Wille des Geschäftsherrn sind, wenn überhaupt möglich, nebeneinander in Betracht zu ziehen.

c) Aus dem Gesagten in Verbindung mit den folgenden Paragraphen ergibt sich auch, daß das BGB. der im Gemeinen Recht bisweilen vertretenen strengen **objektiven Theorie** (Wächter, Vangerow, Brinz, s. die Angaben bei Windscheid II § 430 No. 17), wonach die Einmischung in fremde Rechtssphären grundsätzlich unerlaubt ist und nur bei einem objektiv notwendigen Geschäft ausnahmsweise statthaft wird, in keiner Weise gefolgt ist. S. gegen diese, vom sozialen und rechtspolitischen Standpunkt aus verfehlte, aber auch den Quellen widersprechende Lehre schon bisher namentlich Kohler, Ruhstrat und Sturm, ferner Dernburg und im wesentlichen auch Windscheid. Das neue Recht geht ferner über den ähnlichen Standpunkt des Landrechts hinaus, wonach der Geschäftsherr die nicht notwendige und nicht genehmigte Geschäftsführung zurückweisen kann. Im BGB. ist ein solches Zurückweisungsrecht im Falle der nach § 678 statthaften und nach § 677 korrekt ausgeführten Geschäftsführung nicht gegeben, s. jedoch die Anzeigepflicht in § 681.

d) Bei Ausführung des Geschäftes **haftet** der Geschäftsführer, wie nach bisherigem Recht, **für jede Nachlässigkeit** im Sinne von §§ 276 ff., also auch für die der Gehilfen gemäß § 278; das ergibt sich aus dem Schweigen des Gesetzbuches und a contrario aus den Ausnahmefällen, in denen er bald einem schärferen, bald einem milderen Haftungsmaßstab unterworfen wird: jenem bei Übernahme des Geschäftes gegen den Willen des Herrn (§ 678), diesem bei Geschäftsführung zur Abwendung dringender Gefahr (§ 680).

Für den **Erfolg** seiner Einmischung braucht der Geschäftsführer also in der Regel nicht einzustehen: die gemeinrechtliche Unterscheidung, wonach das negotium nur utiliter coeptum, nicht utiliter gestum zu sein hat, kehrt in der Regelung des BGB. wieder.

2. Wegen der **Person** des „andern", dem gegenüber der Geschäftsführer verpflichtet ist, s. Vorbem. Nr. 3, § 686 und Bem. dazu.

Zweifelhaft kann sein, ob „der andere" zur Zeit des Beginns der Geschäftsführung schon **zu existieren** braucht. Die Frage ist in der bisherigen Praxis mehrfach **verneint** indem man Geschäftsführung zu gunsten einer noch nicht existierenden juristischen Person zugelassen hat, so RG. bei Seuffert 42 Nr. 112 S. 160 und weitere bei Meisner zu § 686 Nr. 2 zitierte Rechtsprechung. Man wird dem auch für das BGB. beitreten können; natürlich ist das Schuldverhältnis in solchem Falle durch das Existentwerden der Persönlichkeit inzwischen noch — im Sinne einer Rechtsbedingung — aufschiebend bedingt. So auch Meisner aaO.

§ 678.

Steht die Übernahme der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch und mußte der Geschäftsführer dies erkennen, so ist er dem Geschäftsherrn zum Ersatze des aus der Geschäftsführung entstehenden Schadens auch dann verpflichtet, wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt.

E. I 749², E. II 609, RV. 665. — Mot. S. 857—8, Prot. II S. 727.

1. **Unzulässige Geschäftsführung:** Es entspricht der Natur der Sache und dem Vorgange des bisherigen Rechts, daß die **gegen den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Herrn** unternommene Geschäftsführung unzulässig und für den Geschäftsherrn unverbindlich ist. Derselbe kann eine derartige gestio nicht nur zurückweisen, sondern den Geschäftsführer unter Umständen auch verantwortlich machen für den eingetretenen Erfolg, s. Bem. 2.

Aus § 678 folgt wiederum, wie schon zu § 677 Nr. 1c bemerkt, daß dem BGB. die strenge sogen. objektive Theorie der Geschäftsführung fremd sei. Aber er beweist andererseits auch nichts zu gunsten einer einseitig subjektiven Theorie, die ausschließlich auf den Willen des Geschäftsherrn abstellt. Daß vielmehr neben dem Willen des Herrn auch dessen objektives Interesse gewahrt wird, ergibt sich aus §§ 677 und 643; und nach § 679 kommt neben diesem individuellen auch das öffentliche Interesse, das Willensmoment sogar überwindend, in Betracht.

2. **Schadensersatz bei der unzulässigen Geschäftsführung:** Schon das GemR. (l. 10 [11] D. h. t., Windscheid § 430 No. 7) legte dem gegen den Willen des Geschäftsherrn tätigen Geschäftsführer eine Schadensersatzpflicht auf, wenn aus der unzulässigen gestio ein — an sich selbst zufälliger — Schaden entstand, ähnlich das Landrecht §§ 249 ff. Dem folgt das BGB.

a) Er muß ersetzen „**den aus der Geschäftsführung entstandenen Schaden**", auch wenn ihn ein „sonstiges Verschulden" nicht trifft. Er haftet hier folgerecht für den objektiven Ausgang der Geschäftsführung (z. B. das in Pflege genommene Tier stirbt; das schadhafte Dach des Nachbars stürzt beim Reparaturversuch ein). Aber natürlich nicht für den Schaden, der auch ohne sein Eingreifen entstanden sein würde.

Dagegen läßt sich weder aus dem Wortlaut folgern, noch ist es sonst anzunehmen, daß der Geschäftsführer für allen Schaden haftet, der dem Herrn nicht gerade durch das Eingreifen, sondern nur gelegentlich desselben entstanden ist, wozu es nur eine mehr oder minder entfernte Bedingung gesetzt hat.

b) Trotzdem ist damit nicht eine ausnahmsweise Haftung ohne Verschulden anerkannt: die Haftung tritt nur ein, wenn die Geschäftsführung nicht nur dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Herrn widersprach, sondern auch der Geschäftsführer „**dies erkennen mußte**". Denn darin, daß er trotz der erkannten oder erkennbaren Verbotswidrigkeit handelt, ist eben eine Fahrlässigkeit zu finden. Darum lehnt der Paragraph auch nur das Erfordernis eines „sonstigen" Verschuldens ab.

Den Beurteilungsmaßstab für das, was dem Willen des Herrn „mutmaßlich" widerspricht, muß der Geschäftsführer aus allen erkennbaren Umständen entnehmen: nicht nur aus dem Interesse des Herrn, sondern auch seinen ihm bekannten Anschauungen, Lebensgewohnheiten, Vermögensverhältnissen. S. auch Mot. S. 857.

c) Trotz des nicht unterscheidenden Wortlautes ist die Ersatzpflicht im Falle des § 678 keine unbedingte (s. Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 200 ff.). Denn jede unverbindliche Geschäftsführung hat nur provisorisch diesen Charakter, sie kann auch noch nachträglich verbindlich werden durch Genehmigung, § 684 Satz 2. Allerdings erwähnt das Gesetz die Genehmigungsmöglichkeit ausdrücklich nur in dem Sinne, daß daran der Aufwendungsanspruch des Geschäftsführers aus § 683 angeknüpft wird. Aber ein solcher, von dem günstigen Ausgang der gestio unabhängiger (s. Bem. 3 zu § 683) Anspruch ist mit einer Schadensersatzpflicht des Gestors im Sinne des § 678 (s. Schluß des Textes) unvereinbar — trifft die Gefahr der Unternehmung den einen, so kann sie nicht auch zugleich den anderen treffen; die Anwendbarkeit des § 683 schließt die des § 678 aus.

Somit tritt die Ersatzpflicht aus § 678 erst ein, wenn die Genehmigung endgültig ausgeblieben ist. In der Geltendmachung des Anspruches aus § 678 wird allerdings meist ohne weiteres eine Verweigerung derselben gefunden werden können.

d) **Der Schadensersatz** ist nach den gewöhnlichen Regeln der §§ 249 ff. zu leisten. Dabei ist aber das Ergebnis der einheitlich unternommenen Geschäftsführung auch nur einheitlich zu berechnen; der Herr kann nicht den gelungenen Teil von dem mißlungenen eigenmächtig trennen und sich die Vorteile des einen zueignen, während er den andern zurückweist. So mit Recht Dernburg, Pandekten § 122 Nr. 3 b, l. 10 (11) h. t. Dies allerdings nicht aus dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung (Vorbem. 5 vor § 249), der gegenüber unser Fall theoretische wie praktische Unterschiede aufweist, siehe Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 176 ff., 194. Wohl aber aus der Erwägung, daß es ein durchaus unstatthafter Verstoß gegen Treu und Glauben wäre, sich aus der einheitlich unternommenen Geschäftsführung einseitig die günstigen Posten herauszusuchen. Ferner aus § 684 Satz 1, der in Verbindung mit § 678 ergibt, daß der Geschäftsherr aus dem unverbindlichen Eingreifen des Gestor zwar keinen Nachteil, aber auch keinen Vorteil haben soll. Den aber behielte er, wenn er das Ergebnis der gut abgelaufenen Posten seinem, das der schlechten dem Vermögen des Geschäftsführers zuweisen könnte, s. näher Oertmann aaO. S. 200 ff.

e) Kann **der Geschäftsherr** auch, wenn ein sonstiger Schaden aus der Führung nicht entstanden ist, **die Wiederherstellung des früheren Zustandes fordern,** wie er vor der unstatthaften Geschäftsführung bestand? Im bisherigen Recht ward das angenommen, während das BGB. es nicht ausdrücklich hervorhebt. Sicher zu bejahen ist die Frage dann, wenn der neue Zustand gegen das Interesse des Herrn verstößt — dann ist eben nach § 678 Schadensersatz zu leisten, zunächst durch Wiederherstellung des früheren Zustandes (§ 249). Andernfalls dagegen läßt sich eine solche Pflicht weder aus äußeren noch inneren Gründen annehmen; den Interessen des Herrn wird dadurch genügt, daß er dem Geschäftsführer die Auslagen nicht zu ersetzen braucht. Sein Interesse an der Wiederherstellung wäre hier im übrigen nur ein Affektionsinteresse, das im Rechte keine Anerkennung findet, s. Bem. 3 zu § 253.

3. Da die Geschäftsführung im Falle des § 677 unzulässig ist, so ist der Gestor natürlich erst recht nicht zur Fortsetzung der begonnenen verpflichtet, es sei denn, daß gerade durch die Unterbrechung ein Schaden eintreten würde.

4. Den **Beweis** der Voraussetzungen des § 677 muß der Geschäftsherr führen; es handelt sich um Ausnahmefälle gegenüber der an sich statthaften und nicht zum Ersatz verpflichtenden Geschäftsführung.

5. Das Fehlen des zweiten Erfordernisses der verbindlichen Geschäftsführung, des Interesses, kann für sich eine Ersatzpflicht des Gestor nicht herbeiführen, nimmt ihm vielmehr lediglich den Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen.

§ 679.

Ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn kommt nicht in Betracht, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse

liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde.

E. I 749², 755, E. II 610, RB. 666. — Mot. S. 858, 64—5, Prot. II S. 735—8.

1. **Historisches; Allgemeines:** Schon im Römischen Recht wurde dem Geschäftsführer, der eine Leiche beigesetzt hatte, selbst dann eine Klage gewährt (actio funeraria), wenn er gegen Verbot gehandelt hatte, und man hat das gemeinrechtlich auf alle Fälle erweitert, wo die Geschäftsführung „aus dringenden Pietätsrücksichten oder in Erfüllung einer öffentlichen Pflicht" geschah, s. Dernburg, Pand. II § 122 Nr. 2a und die Angaben wegen der neueren Gesetzgebungen in den Mot. S. 864. Dem folgt nunmehr das BGB., indem es in den in § 679 genannten Fällen den Kreis der zulässigen Geschäftsführung dahin erweitert, daß ein entgegenstehender Wille des Herrn hier nicht in Betracht kommt. Von dem zweiten Erfordernis der Geschäftsführung dagegen, dem Interesse, wird auch in § 679 nicht Abstand genommen, Brückmann S. 157; ob es vorliege, muß also immerhin auch in den hier fraglichen Fällen mindestens insoweit untersucht werden, als der Aufwendungsanspruch des Gestor in Frage steht, s. übrigens Bem. 5 zu § 678.

2. Es gehören hierher folgende Fälle:

a) alle diejenigen, **wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde, „deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt"**. Daß die Pflicht selbst eine öffentlich auferlegte sei, wird nicht erfordert, es genügt, wenn das öffentliche Interesse — s. über den Begriff Bem. 2b zu § 525 — ihre Erfüllung erheischt. Es würden dahin etwa die Pflichten des Dienstherrn aus §§ 617, 618 gehören, ferner die Pflicht zur Bestreitung der Beerdigungskosten, l. 14 § 13 D. 11,7, BGB. § 1968, s. dazu freilich Binder, Stellung des Erben II S. 46, der darin mit beachtenswerten Gründen nur eine Nachlaßverbindlichkeit sieht, die den Erben nicht persönlich belastet. Die Anwendung des Geschäftsführungsbegriffes wird dadurch keinenfalls in Frage gestellt. Als Beispiele öffentlicher Pflichten, die ein Geschäftsführer im Sinne von § 679 erfüllen kann, sind zu nennen: die zur Zahlung von Steuern (so auch Isay, Geschäftsführung S. 138, der die gegenteilige, nicht im Gesetzbuch niedergelegte Meinung der zweiten Kommission mit Recht verwirft), Instandhaltung von Gebäuden und Straßen (Seuffert 3 Nr. 51 S. 62), Stempelung von Verträgen, Verpflegung der Einquartierung (Seuffert 14 Nr. 94 S. 137).

Auch das ist nicht zu erfordern, daß die Pflicht bereits endgültig festgestellt war; man muß es für genügend erachten, wenn sie nur provisorisch, vielleicht unter Vorbehalt von Rechtsmitteln, dem Geschäftsherrn auferlegt war, s. Mot. S. 865, ebenso Brückmann S. 156. Denn die Zahlung der aufgelegten Steuern z. B. liegt trotz der offenstehenden Berufung nichts destoweniger zunächst im öffentlichen Interesse.

b) insbesondere erwähnt das Gesetz die Nichterfüllung einer **„gesetzlichen Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn"**. Die Fälle einer solchen ergeben sich aus dem zu § 519 Nr. 4b Bemerkten; daß es sich um Verwandte handele, ist nicht unbedingt erfordert (Ehegatten, uneheliche Kinder). Dagegen ist die **bloß vertragsmäßige Unterhaltspflicht nicht geeignet**, als solche die Anwendung des § 679 zu rechtfertigen, es müßte denn ihre Erfüllung ausnahmsweise im öffentlichen Interesse liegen.

c) Freilich ist die Erstreckung des Paragraphen auf alle Fälle, wo irgendwie eine „sittliche Pflicht" des Geschäftsherrn erfüllt wird, von der Kommission abgelehnt, Prot. S. 742. Daß aber auch bloß sittliche Pflichten den Anforderungen des Textes genügen können, betont mit Recht Kipp=Windscheid II S. 857, s. sein Beispiel: jemand rettet einen Selbstmörder und verdirbt sich dabei die Kleider. Ähnlich für diesen Fall: Hellwig, Stellung des Arztes S. 13; anders ohne überzeugende Gründe Brückmann S. 157. Ferner: jemand speist meinen im äußersten Elend dem Hungertode nahen Bruder. Natürlich ist bei solchen Fällen Vorsicht geboten; sonst würden sittliche Pflichten auf einem Umwege zu Rechtspflichten erhoben.

3. **Nicht erforderlich** ist, daß ohne das Eingreifen des Geschäftsführers die Pflicht **überhaupt nicht**, es genügt, daß sie **nicht rechtzeitig** erfüllt werden würde. Und zwar muß es ausreichen, daß der Pflichtige zur Zeit der Fälligkeit die Pflicht faktisch noch nicht erfüllt hat; ein vorgängiger Eintritt der Verzugswirkungen braucht nicht abgewartet zu werden. Dagegen berechtigt § 679 den Geschäftsführer zur vorzeitigen Leistung m. E. selbst dann nicht, wenn der Geschäftsherr ernstlich erklärt, demnächst nicht leisten zu wollen.

4. Ein **bloßer Glaube des Geschäftsführers** an das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 679 reicht nicht aus; wohl aber kann er, wenn nicht auf Fahrlässigkeit beruhend, den Schadensersatzanspruch aus § 678 ausschließen, s. Bem. 2b dazu.

5. Sind die Voraussetzungen des § 279 erfüllt, so kommt **der entgegenstehende Wille des Geschäftsherrn überhaupt nicht in Betracht**, weder im Sinne von § 678, noch auch von §§ 677 und 683: die Sachlage wird überall so beurteilt, als ob der Widerspruch gar nicht vorhanden wäre.

Andererseits aber hat der Tatbestand des § 679 Bedeutung nur für das Innenverhältnis; der etwaige Gegenkontrahent des Geschäftsführers kann darauf nicht etwa einen direkten Anspruch gegen den Geschäftsherrn stützen. So mit Recht OLG. Stuttgart Rspr. IX S. 10.

§ 680.

Bezweckt die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr, so hat der Geschäftsführer nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

E. I 750, E. II 611, RV. 667. — Mot. S. 858, Prot. II S. 727—8.

1. Die Haftungsabmilderung des § 680 stimmt im wesentlichen mit dem Gemeinen Recht überein, s. die, freilich kontroverse, l. 3 § 9 h. t., während das Landrecht in noch viel weiterem Umfange die Haftung abgeschwächt werden ließ (I, 13, §§ 234—7).

Der § 680 erfordert nicht, daß die Geschäftsführung objektiv zur Abwendung einer „drohenden dringenden Gefahr" nötig sei, er tritt schon in Geltung, wenn sie nur subjektiv zu diesem Zwecke unternommen ist. Natürlich darf die etwaige irrtümliche Vorstellung vom Vorhandensein der Gefahr nicht ihrerseits auf Fahrlässigkeit beruhen; für die Folgen einer solchen haftet der Geschäftsführer zweifellos nach allgemeinen Regeln. So auch Isay S. 112, Enneccerus S. 709.

Wann die Gefahr eine „drohende dringende" sei, ist Tatfrage: z. B. Einsturz des baufälligen Hauses, Verlust der auf offener Landstraße liegengebliebenen Sache, Tod des schwerverwundeten Tieres. Liegt sie vor, so bezieht sich die Haftungsabmilderung auf jede Tätigkeit des Geschäftsführers, die ihre Abwendung bezweckte, sei es unmittelbar, sei es selbst erst durch Inbewegungsetzen von Zwischengliedern. Stets muß die Gefahr dringend sein, d. h. unmittelbar bevorstehen. Unnötig ist, daß die Gefahr der Person des Geschäftsherrn drohe, es genügt auch eine solche für sein Vermögen oder ihm nahestehende dritte. Anders in letzterem Punkte Engelmann-Staudinger Nr. 1b, dafür aber mit Recht die meisten, z. B. Planck, Cosack § 155, II 2b, Dernburg. Es ist doch schlechterdings nicht einzusehen, warum der drohende Verlust meiner liebsten Angehörigen für mich weniger eine drohende Gefahr darstellen könne, wie etwa der meines Hundes oder gar nur meines Geldbeutels!

2. Auch in den Fällen des § 680 kommt ein entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn nicht in Betracht; das folgt aus dem unbeschränkt redenden Wortlaut wie aus inneren Gründen.

3. Wegen der Begriffe „Vorsatz" und „grobe Fahrlässigkeit" s. §§ 276—7 und Bem. dazu.

Besonders zu beachten ist in Fällen der hier einschlägigen Art die Notwendigkeit schnellster Entschließung, die eine genaue, planvolle Überlegung vor dem Eingriff vielfach unmöglich machen wird. Enneccerus S. 709.

4. Anwendbarkeit des § 680 auf alle Fälle der Besorgung fremder Geschäfte (Auftrag, Dienstvertrag usw.)? Dafür mit guten, wohl durchschlagenden Gründen Isay S. 112.

§ 681.

Der Geschäftsführer hat die Übernahme der Geschäftsführung, sobald es tunlich ist, dem Geschäftsherrn anzuzeigen und, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, dessen Entschließung

abzuwarten. Im übrigen finden auf die Verpflichtungen des Geschäftsführers die für einen Beauftragten geltenden Vorschriften der §§ 666 bis 668 entsprechende Anwendung.

E. I 751, E. II 612, RV. 668. — Mot. S. 859, Prot. II S. 728.

1. **Satz 1:** Obwohl nach dem BGB. jede im Sinne von § 677 „nützliche" Geschäftsführung an sich zulässig ist, soll doch zur Vermeidung eines dem Herrn unerwünschten Eindrängens in seinen Geschäftskreis und zur Feststellung seines etwaigen entgegenstehenden Willens dem Geschäftsherrn die unternommene Geschäftsführung baldmöglichst angezeigt werden, und es ist die Ausführung des Geschäftes zu unterlassen, bis eine Entscheidung des Herrn erfolgt, es sei denn, daß „mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist". Die Bestimmung ähnelt dem § 665 (Abweichungen des Beauftragten von den Anweisungen des Auftraggebers); es kann auf das dort wegen der Anzeige, Wartepflicht und der Folgen einer Zuwiderhandlung Gesagte als entsprechend anwendbar verwiesen werden (Bem. 4, 5).

Bei Gefahr im Verzuge dürfte der Geschäftsführer nicht nur von der Wartepflicht entbunden, sondern regelmäßig selbst zur Fortsetzung der einmal begonnenen Geschäftsführung verpflichtet sein.

2. Nach **Satz 2** sollen im übrigen auf die Verpflichtungen des Geschäftsführers die dort genannten Paragraphen aus der Materie des Auftrages entsprechende Anwendung finden, ähnlich auch SächsGB. § 1348. Es sind:

a) die Auskunftspflicht, § 666,
b) die Herausgabepflicht, § 667,
c) die Verzinsungspflicht, § 668.

Die entsprechende Anwendung macht überall keine Schwierigkeiten. Nur ist zu beachten, daß die Pflicht zu b) natürlich bloß soweit vorliegt, als die Geschäftsführung überhaupt für den Herrn verbindlich ist, oder durch Genehmigung — die übrigens in der Geltendmachung dieser Ansprüche leicht gefunden werden kann — nachträglich verbindlich wird, s. Mot. S. 859. Nur die dem Geschäftsherrn gehörenden Gegenstände, die der Geschäftsführer in Ausführung seines Handelns an sich genommen hat (z. B. die auszubessernden Möbel) muß er natürlich stets, auch bei verweigerter Genehmigung des Herrn, zurückgeben.

Die Pflicht zu c) tritt gemäß § 668 nur ein wegen Verwendung von Geldern im eigenen Interesse. Die weitergehende, auch vom RG. Bd. 17 Nr. 41 S. 197 vertretene gemeinrechtliche Anschauung, wonach der Geschäftsführer eingenommenes Geld schlechthin verzinsen muß, falls er nicht nachweislich keine Gelegenheit zur Anlegung gefunden hat, ist in dieser Allgemeinheit und Schärfe dem BGB. fremd.

Die Verpflichtung des gestor zur Leistung des Offenbarungseides bestimmt sich nach § 259.

Auch von Nr. 2 abgesehen, werden vielfach die Sätze des Auftrages auf die Geschäftsführung entsprechend anwendbar sein, so die über den Tod des Geschäftsherrn (§ 672) und des Geschäftsführers (§ 673). So auch Mot. S. 859, Kuhlenbeck Nr. 4, Planck Nr. 2, anders Staudinger Nr. 2. Aber die Analogie scheint mir zwingend; die Pflicht des § 673 dürfte sich auch ohne besondere Vorschrift aus Treu und Glauben ergeben.

§ 682.

Ist der Geschäftsführer geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist er nur nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verantwortlich.

E. I 752, E. II 615, RV. 669. — Mot. S. 860, Prot. II S. 729.

1. Die Geschäftsführung hat zwar keine eigentlich vertragsmäßige, aber doch immerhin eine vertragsähnliche Grundlage, und darum wird für den Geschäftsführer, der doch durch die Übernahme einen Akt der Selbstverpflichtung vollzieht, schon im bisherigen Recht **Geschäftsfähigkeit** verlangt, so namentlich im Landrecht I, 13, § 374, SächsGB. § 1349.

Dem schließt sich nunmehr das BGB. an, indem es den **geschäftsunfähigen** (§ 104) **oder auch nur beschränkt geschäftsfähigen** (§§ 106 ff.) **Geschäftsführer** nach den Regeln dieses Titels nicht haften läßt, sondern nur gegebenenfalls auf Grund einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff.) oder einer unerlaubten Handlung (§§ 823 ff.). Bedenken gegen die Gleichstellung der Geschäftsbeschränkung mit der Geschäftsunfähigkeit erhebt Isay, S. 106, kaum mit Grund. Jedenfalls für das geltende Recht kommen sie nicht in Betracht. Dagegen wird man Enneccerus S. 709—10 trotz des bedenklichen Wortlautes darin Recht geben, daß die Gestion des Geschäftsbeschränkten durch Genehmigung des gesetzlichen Vertreters vollwirksam werde.

Die Rechte des Geschäftsführers werden durch derlei Momente in seiner Person in keiner Weise berührt.

2. Eine **Geschäftsfähigkeit des Herrn** ist dagegen zum Eintritt seiner Verpflichtung aus der Geschäftsführung nicht erforderlich; so besonders der, nachher nur, weil selbstverständlich, gestrichene § 756 Entw. I. Das ist sicher in den Fällen, wo es überhaupt nicht auf einen so oder so beschaffenen Willen des Herrn ankommt (§ 679), aber auch in den anderen ist es entgegen der (s. Windscheid II § 430 No. 24) für das GR. vertretenen Lehre zu behaupten. Denn hier ist kein wirklicher Wille der Entstehungsgrund für die Verpflichtung des Herrn, sondern nur ein entgegenstehender Wille Hindernis dafür. Die „Sinnwidrigkeit" der gegnerischen Regelung (Kohler S. 44) ergibt sich schon aus der Erwägung, daß der gestor gar nicht immer über die Person, geschweige denn über die Geschäftsfähigkeit des Herrn unterrichtet sein kann. Allerdings fehlt es in Fällen dieser Art an dem einen der beiden sonstigen Erfordernisse für eine verbindliche Geschäftsführung (§ 683): dem wirklichen wie auch dem — bei einem Geschäftsunfähigen gleichfalls wohl ausscheidenden (so Brückmann S. 151—2, anders meine Aufl. 1) — mutmaßlichen Willen des Herrn. Aber daraus läßt sich mit Brückmann nur folgern, daß es insoweit nur auf das andere der beiden Erfordernisse: das Interesse, allein ankommen kann. Wenn das Gesetz beide ausnahmslos aufstellt, so hatte es dabei offenbar nur die regelmäßigen Fälle im Auge.

Ist freilich ein gesetzlicher Vertreter vorhanden, und dies dem Geschäftsführer bekannt, so wird er im Sinne von §§ 677—8 auf dessen, nicht des Herrn Willen zu sehen haben; auch für die Sätze des § 681 muß der Vertreter dann an Stelle des Herrn treten.

§ 683.

Entspricht die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, so kann der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. In den Fällen des § 679 steht dieser Anspruch dem Geschäftsführer zu, auch wenn die Übernahme der Geschäftsführung mit dem Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht.

E. I 753, E. II 614, RB. 670. — Mot. S. 860—63, Prot. II S. 729—34.

Literatur: Ernst, ArchZivPrax. 96 440 ff., Goldmann-Lilienthal S. 711.

1. **Allgemeines:** Der § 783 redet von den Ansprüchen des Geschäftsführers (actio negotiorum gestorum contraria), die ihm das BGB. nach dem Muster des GemR. und der anderen modernen Gesetzgebungen auf Ersatz seiner Aufwendungen zubilligt. Anders als nach Entw. I (s. Mot. S. 861), sind nach Entw. II und BGB. die Voraussetzungen dieses Ersatzanspruches im wesentlichen die gleichen, wie die einer zulässigen Geschäftsführung überhaupt, s. Bem. zu §§ 677 und 678. Die Geschäftsführung muß, um einen Ersatzanspruch des Geschäftsführers zu erzeugen, wiederum „dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn" entsprechen. Eins allein genügt nicht; nur bei gleichmäßigem Vorhandensein des objektiven und subjektiven Moments sind die Ansprüche aus § 683 begründet. Wer z. B. die fällige Schuld eines dritten zahlt, der erwirbt einen Ersatzanspruch im Sinne von § 683 dann nicht, wenn sich der Dritte von der Schuld durch

Aufrechnung befreien konnte. Denn diese ist ein „leichterer Zahlungsmodus" (so RG. bei Seuffert 37 Nr. 112 S. 162) als die Zahlung mit barem Gelde, das Handeln liegt also nicht im Interesse des Geschäftsherrn; da die erste Voraussetzung fehlt, braucht auf die Willensfrage gar nicht eingegangen zu werden. Ähnlich ist es, wenn jemand eine baldiger Verjährung, die voraussichtlich nicht mehr unterbrochen wäre, unterliegende Schuld zahlt. Ferner ist selbst die Zahlung einer liquiden fremden Schuld nicht geeignet, Ersatzansprüche aus § 683 zu schaffen, wenn sie gegen Verbot des Schuldners geschieht.

Andererseits wird ein wirklicher Wille des Geschäftsherrn nicht erfordert, sondern es genügt, wenn über jenen keine Gewißheit im einen oder andern Sinne besteht, ein mutmaßlicher. Und bei einem geschäftsunfähigen Herrn kann es auf einen so oder so beschaffenen Willen überhaupt nicht ankommen, entscheidend ist hier nur das Interesse, s. Bem. 2 zu § 682.

Das Gesagte ist mehrfach bestritten:

a) Der Begriff des Interesses wird von einigen nicht objektiv, sondern wesentlich subjektiv gefaßt, s. die Angaben über die Vertreter beider Auffassungen bei Ernst S. 441—2. Für die subjektive Theorie im wesentlichen Ernst selbst, S. 447. Aber dann hätte, von anderen Bedenken abgesehen, die Aufstellung des Interesses gegenüber auch dem mutmaßlichen Willen gar keinen Sinn, s. auch Bem. 1b zu § 677.

Daß „Interesse" nach dem Sprachgebrauch etwas „rein Individuelles" sei, ist kein Beweis gegen die objektive Theorie — sind denn individuell und objektiv unausgleichliche Gegensätze? Auch beim Schaden wird das Wort Interesse gebraucht, um die objektiv eingetretene Differenz im Betrage des beeinträchtigten Vermögens zu bezeichnen, ohne Rücksicht auf die subjektiven Liebhabereien des Beschädigten.

b) Was ist „mutmaßlicher Wille"?

Nach einigen der Wille, den der Geschäftsführer unter Anwendung der nötigen Sorgfalt als beim Herrn vorhanden annehmen durfte, s. die Angaben bei Ernst S. 443.

Nach anderen der vom Richter zu ermittelnde Wille, sodaß der Geschäftsführer sich auf einen entschuldbaren Irrtum nicht berufen kann, s. die Angaben bei Ernst S. 443—4. Die Frage ist letzterenfalls die: würde der Geschäftsführer bei Kenntnis der Sachlage die Geschäftsführung gewollt haben?

Mit Ernst ist im zweiten Sinne zu entscheiden. Das folgt sowohl aus dem Wortlaut des § 683 („Entspricht" usw.), wie besonders aus § 678, wo zwischen dem, was mußmaßlicher Wille des Herrn ist und dem, was der Geschäftsführer als solchen erkennen mußte, scharf geschieden wird.

c) Auch das Stärkeverhältnis zwischen dem wirklichen und dem mutmaßlichen Willen ist nicht ohne weiteres klar. Isay S. 136 geht von ihrer Gleichwertigkeit aus; ihm muß danach als verbindlich die Geschäftsführung bereits dann erscheinen, wenn sie zwar dem wirklichen Willen zuwider, aber dem mutmaßlichen und dem Interesse gemäß ist. Da ferner das Interesse den Schluß auf den mutmaßlichen Willen begründet, so kann nach Isay, soweit es vorliegt, ein gegenteiliger Wille wenigstens dann nicht in Betracht kommen, wenn der Zwiespalt zwischen Wille und Interesse nicht ein bewußter, beabsichtigter ist, d. h. wenn der Geschäftsherr sein Interesse nicht richtig erkannt hatte.

Anders mit Recht Brückmann S. 134, Ernst S. 457. Der wirkliche Wille ist nach Sinn und Wortlaut des § 683 an erster Stelle maßgebend. „Das Wirkliche schließt das Mutmaßliche aus". Nur soweit jener in der einen oder andern Richtung nicht zu ermitteln ist, kann subsidiär auf den „mutmaßlichen" Willen zurückgegangen werden. Das, auch wenn mit diesem zusammenfallende, Interesse kann nicht genügen, die Geschäftsführung gegenüber einem entgegenstehenden wirklichen Willen zu einer verbindlichen zu erheben. Anders nur in dem als offenbare Ausnahme gedachten Fall des § 679, der nach Isay gar nicht verständlich wäre.

Ebensowenig fallen Interesse und mutmaßlicher Wille zusammen, wie das manche Vertreter eines subjektiven Interessebegriffes wollen, ebenso auch Isay S. 136 („der mutmaßliche Wille ist regelmäßig nichts Subjektives, sondern etwas Objektives, nämlich das objektiv verstandene Interesse"). Anders Ernst S. 477, der richtiger betont, daß jener zwar bis zum Nachweise abweichender Umstände aus dem Interesse gefolgert werden könne, aber keineswegs damit identisch sei. In seiner positiven Auffassung vom Wesen des Interesses (= subjektiven Zweckes, s. S. 464, 473 und oben a) wird man freilich auch Ernst nicht folgen können.

d) Der Umstand, daß der Geschäftsführer von dem Nichtvorhandensein der Voraussetzungen des § 683 in **entschuldbarer Unkenntnis** war, kann seine Lage nicht verbessern; dieser Umstand enthebt ihn zwar der Haftung aus § 678 (s. Bem. dazu), ist aber im übrigen belanglos.

2. **Ausnahmen**: Von dem Erfordernis eines entsprechenden Willens des Herrn sind die Gerechtsame des Geschäftsführers ausnahmsweise in dem Fall entbunden, wenn die Handlung in Erfüllung einer der in § 679 aufgeführten Pflichten des ersteren bestand, s. Bem. dazu.

Das zweite Erfordernis des objektiven Interesses muß indes auch hier vorhanden sein, das ergibt sich aus Wortlaut und Sinn unseres Paragraphen

3. **Umfang der Ansprüche des Geschäftsführers**: Er bestimmt sich nach den für anwendbar erklärten Grundsätzen des Auftrages, § 670, es ist daher auf die Bemerkungen dazu zu verweisen.

Ebensowenig wie dort kommt es für den hier in Rede stehenden Anspruch auf den objektiv günstigen Ausfall der Geschäftsbesorgung an — wie nach bisherigem Recht (l. 9 [10] § 1 D. h. t.), wird auch im Sinne des BGB. nur ein negotium utiliter coeptum, nicht ein utiliter gestum verlangt. Zu bemerken ist noch:

a) Für eine Haftung des Herrn wegen des dem Gestor erwachsenen Schadens als solchen ist hier selbst dann keine Rede, wenn man sie beim Auftrag annehmen sollte. Wie kann man dem ganz passiv gebliebenen Herrn eine Ersatzpflicht aufnötigen wollen? Soweit freilich die Schäden nach dem zu § 670 Gesagten unter den Begriff der Aufwendungen zu bringen sind, kann der Gestor sie ersetzt verlangen, wenn die Geschäftsführung trotz der damit verbundenen Gefahr den Erfordernissen des § 683 genügt. Beispiel: jemand dringt in ein brennendes Haus ein, um die Bewohner oder ihre Kinder zu retten, und wird von einem stürzenden Balken verletzt. Die Kurkosten erscheinen als Aufwendungen, weil die Gefahr mit der Geschäftsführung in innerem Zusammenhang stand und bewußt übernommen wurde; andererseits sind die Erfordernisse des § 683 sicher erfüllt.

b) Kann der Geschäftsführer Entgelt für seine aufgewendete Berufstätigkeit verlangen? Dafür, unter dem Gesichtspunkt der darin liegenden Aufwendungen, Isay S. 148, Dernburg § 302, II. Noch entschiedener Crome § 255, III, der hier über die Grundsätze des Auftrags hinausgehen will: auch der verkehrsübliche und taxmäßige Lohn sei eine zu ersetzende Aufwendung. Für den Lohnanspruch auch Brückmann S. 182, 214 ff. (mit weiteren Angaben), OLG. Hamburg bei Seuffert 50 Nr. 15 S. 25 (für das frühere Recht), dagegen Lotmar, Arbeitsvertrag S. 137, Staudinger Nr. 2a, zweifelnd Eck-Leonhard S. 538.

M. E. muß man scheiden, ob der Geschäftsführer durch die geschäftsführende Tätigkeit sich um einen andernfalls durch seine Arbeit in der fraglichen Zeit sicher oder vermutlich — man kann vielleicht die Formel von § 252 Satz 2 entsprechend verwenden — zu erlangenden Verdienst bringt. In der bewußten Abstandnahme davon liegt dann zweifellos eine Aufwendung. Das ist vor allem der Fall, wenn er seine sonstige Berufstätigkeit mit entsprechender Wirkung unterbricht (z. B. als Arzt, Anwalt), einerlei, ob die geschäftsführende Tätigkeit selbst der unterbrochenen beruflichen gleichartig ist oder nicht. Wer z. B. bei einem Brande Waren rettet, macht Aufwendungen nicht nur, wenn er übrigens Transportarbeiter, sondern auch, wenn er z. B. Schreiber oder Flickschneider ist, und sie sind ihm zu ersetzen, wenn nicht wegen ihrer Höhe die Geschäftsführung aufhört, den Anforderungen des § 683 zu genügen (Beispiel: ein Heldentenor kommt um sein Honorar von 300 Mk., indem er zur Rettung wertlosen Gerümpels tätig wird). Übrigens ist nicht nur eigentlich beruflicher, sondern auch sonstiger Verdienstentgang, wenn erweislich, als Aufwendung zu ersetzen.

Daß dem Geschäftsführer wegen seines Anspruches aus § 683 auch ein **Zurückbehaltungsrecht** im Sinne des § 273 an den durch die Geschäftsführung in seine Hand gelangten Gegenständen zusteht, bedarf kaum der Hervorhebung.

Auch die **Verjährung** des Anspruches ist die gewöhnliche.

4. Liegen die Voraussetzungen des § 683 nicht vor, so kann der Geschäftsführer noch immer den Ersatzanspruch gewinnen durch **nachträgliche Genehmigung** des Herrn, § 684 Satz 2. Bleibt auch sie aus, so ist er nach § 684 Satz 1 auf die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung beschränkt.

5. **Beweis**: Nach allgemeinen Regeln muß der Geschäftsführer das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 683 als rechtsbegründende Tatsachen beweisen. Da jedoch in der Regel eine das Interesse des Geschäftsherrn wahrende Geschäftsbesorgung seinem

vermutlichen Willen entspricht, so kann der Nachweis eines solchen Interesses im allgemeinen ausreichend erscheinen. Und dazu genügt wieder der Nachweis solcher Tatsachen, die an sich ein Interesse als vorhanden erkennen lassen; es ist demgegenüber Sache des Beklagten, darzutun, daß die an sich nützliche Geschäftsführung im vorliegenden Fall aus gewissen besonderen Umständen interesselos war. So hat die Praxis wiederholt entschieden für den Fall einer Zahlung fremder Schulden, s. Seuffert 15 Nr. 25, 24 Nr. 96, 27 Nr. 27 und 35 Nr. 75. Denn bis auf weiteres erscheine die durch die Zahlung bewirkte Entlastung von der Schuld als eine objektive Verbesserung der Rechtslage des Schuldners. Dieser müsse also dem Regreßanspruch gegenüber eine etwaige Einrede gegen den getilgten Anspruch ebenso angeben und beweisen, wie er sie diesem selbst gegenüber hätte dartun müssen.

§ 684.

Liegen die Voraussetzungen des § 683 nicht vor, so ist der Geschäftsherr verpflichtet, dem Geschäftsführer alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben. Genehmigt der Geschäftsherr die Geschäftsführung, so steht dem Geschäftsführer der im § 683 bestimmte Anspruch zu.

E. I 758, E. II 615, RV. 671. — Mot. S. 866—8, Prot. II S. 739—41.

1. **Satz 1:** Bei Nichtvorhandensein einer der Erfordernisse des § 683 ist dem Geschäftsführer der Anspruch aus § 683 nicht gegeben; es entspricht aber dem geltenden Rechte und der Billigkeit, ihm dann wenigstens den gewöhnlichen Bereicherungsanspruch zuzubilligen, der ja, von allen weiteren Voraussetzungen absehend, nur auf der Tatsache des grundlosen Vermögensüberganges vom einen auf den andern beruht. Dem folgt auch das BGB.

Der Umfang der danach zustehenden Ansprüche ergibt sich aus den §§ 812ff., deren Inhalt hier zu entwickeln unnötig sein dürfte. Zu beachten ist nur, daß von einem „bösgläubigen Empfang" im Sinne des § 819 und der damit verbundenen Haftungsverschärfung hier schwerlich die Rede sein kann.

Der Anspruch aus § 684 ist selbst beim Handeln gegen den ausdrücklichen Widerspruch des Geschäftsherrn begründet. Freilich kann dieser alsdann die Geschäftsführung zurückweisen und dadurch unter Umständen die Bereicherung beseitigen; soweit er dies aber nicht will oder auch nicht wirksam kann (z. B. er ist einmal durch die Zahlung des Geschäftsführers von seiner Schuld endgültig befreit), bleibt er nach § 684 haftbar.

Nur bei Handeln zu Schenkzwecken (§ 685) versagt auch der Anspruch auf die Bereicherung.

2. **Satz 2:** Der Geschäftsherr kann die Lage des Geschäftsführers verbessern durch **Genehmigung.** S. über deren Charakter, Form und Wirkungen im übrigen die §§ 182ff., näheres ferner bei Brückmann S. 163ff. Sie bedeutet, daß nunmehr dem gestor ohne weiteres der Ersatzanspruch aus § 683 zusteht, ohne daß der Mangel der sonstigen Voraussetzungen schadete; es erübrigt sich daher bei nachweislicher Genehmigung überhaupt jegliche Prüfung, ob ein „negotium utiliter coeptum" in dem oben festgestellten Sinne vorlag.

Die Bedeutung der Genehmigung geht aber in dem in Satz 2 Bestimmten keineswegs auf. Wie sie die Ansprüche des Geschäftsführers verbessert, so modifiziert sie umgekehrt diejenigen des Geschäftsherrn. Er kann ein genehmigtes Geschäft nicht mehr zurückweisen, auch den Schadensersatzanspruch aus § 678 nicht mehr geltend machen. Dagegen verbleiben dem Geschäftsherrn natürlich noch die Ansprüche aus einem schuldhaften Benehmen bei der Ausführung des Geschäftes aus §§ 677, 823ff., es müßte denn sein, daß der Herr nicht nur die Geschäftsführung als solche genehmigt hätte, sondern auch die zu ihrem Zwecke vollzogenen oder zu vollziehenden Maßnahmen im einzelnen — was an sich offenbar nicht der Fall ist.

Der noch weitergehende, übrigens sehr bestrittene gemeinrechtliche Satz, daß durch die Genehmigung die negotiorum gestio geradezu in ein mandatum verwandelt werde

(s. dazu die Bem. von Dernburg, Pand. II § 122 No. 22), ist für das BGB. nicht anerkannt, Mot. S. 867 Anm. 2, Brückmann aaO. Das folgt schon aus der Erwägung, daß ein bloß einseitiger Akt das bestehende eine nicht in ein ganz anderes, möglicherweise den Interessen des Gegners weniger entsprechendes Schuldverhältnis verwandeln kann.

§ 685.

Dem Geschäftsführer steht ein Anspruch nicht zu, wenn er nicht die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen.

Gewähren Eltern oder Voreltern ihren Abkömmlingen oder diese jenen Unterhalt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Absicht fehlt, von dem Empfänger Ersatz zu verlangen.

E. I 754, E. II 616, RB. 672. — Mot. S. 863—4, Prot. II S. 734—5.

1. **Allgemeines:** Ob der Geschäftsführer die Absicht hat, die fremden Geschäfte auf fremde oder aber auf eigene Kosten zu führen, ist für seine **Pflichten** gleichgültig, nicht aber für seine **Rechte** aus §§ 683—4. Denn wenn ihm die Absicht fehlt, Ersatz zu verlangen (animus recipiendi), so hat die Rechtsordnung keinen Anlaß, ihm einen solchen zuzubilligen, und § 685 folgt mit der Versagung eines Anspruches nur dem Vorgange des bisherigen Rechts.

Indes ist nirgends die Absicht, Ersatz zu verlangen, zum positiven Erfordernis, sondern nur die entgegengesetzte Absicht, der „animus donandi", zum negativen Erfordernis der Ansprüche des Geschäftsführers erhoben — diese stellt ein rechtshinderndes Moment dar, das der auf Ersatz in Anspruch genommene Geschäftsherr beweisen muß. So übereinstimmend im Gemeinen Recht (l. 4 D. h. t. „nisi donandi animo fideiussit"), Landrecht (I, 13, § 230; 11 § 1041 — Freigebigkeiten werden nicht vermutet), SächsGB. § 1353, während der Code nichts besonderes bestimmte.

Auch das BGB. folgt der bisherigen Anschauung, das ergibt zwar nicht die Fassung des Abs. 1 (Planck I S. 47ff.), wohl aber mit voller Sicherheit der Gegensatz zu Abs. 2, wo, offenbar als Ausnahme, der „animus donandi" vermutet wird. So auch Kuhlenbeck Nr. 1, weitere Angaben bei Neumann, Jahrbuch I S. 412 (anders nur der dort zitierte Krumm).

Natürlich aber kann der Richter kraft der freien Beweiswürdigung aus dem ganzen Hergang bei der Geschäftsführung den Gegenbeweis ohne weiteres als erbracht ansehen.

2. **Rechtsverhältnis bei fehlendem animus recipiendi:** Hat der Geschäftsführer eine solche Absicht erweislich nicht gehabt, so bleibt nichts übrig, als seinem Verhalten die Absicht einer Schenkung an den Geschäftsherrn unterzulegen. Das macht keine Schwierigkeiten, wenn der zu Beschenkende mit Annahme der Schenkung einverstanden ist, wohl aber in dem umgekehrten Fall, da nach § 516 eine Schenkung Einverständnis beider Teile voraussetzt. Da nun einerseits dieser Satz nicht umgangen, die Schenkung nicht in Form einer Geschäftsführung aufgedrängt werden darf, andererseits die Voraussetzungen des § 685 Abs. 1 auch in diesem Falle erfüllt sind, so bleibt nichts übrig, als dem Geschäftsführer alsdann einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 812ff. zu gewähren. Denn er hat durch seine, nach § 685 regreßlose, Geschäftsführung den Herrn unter Umständen bereichert, und diese Bereicherung ist bei Ablehnung der Schenkung sine causa erfolgt.

Soweit andererseits eine Schenkung vorliegt, steht dem Geschäftsführer kein Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen zu; sonstige Ansprüche aus der Geschäftsführung — etwa auf Zurückgabe der zu ihrem Zweck gebrauchten Gegenstände oder, soweit er übrigens begründet sein sollte, auf Schadensersatz (z. B. der Herr unterläßt nach erlangter Kenntnis der unternommenen Geschäftsführung, den gestor auf besondere Gefahren: Bissigkeit oder Wutverdächtigkeit des in Pflege genommenen Hundes; Baufälligkeit des reparierten Gebäudes, aufmerksam zu machen) bleiben unberührt. So auch Isay S. 159.

3. **Absatz 2:**

a) In Übereinstimmung mit dem Landrecht (I, 11, § 1042) und SächsGB. § 1354 läßt das BGB. bei den hier genannten nahe verbundenen Personen ausnahmsweise eine Vermutung für das Fehlen des animus recipiendi eintreten.

Auf Ehelichkeit der Abstammung kommt es für die Anwendung des Satzes bei der Mutterseite nicht an (§ 1705), wohl aber nach § 1589 Abs. 2 bei der Vaterseite, mit der Maßgabe, daß Kinder aus Putativehen und legitimierte Kinder auch im Sinne unserer Vorschrift den ehelichen gleichstehen, Staudinger Nr. 2.

Unter den „Voreltern" sind offenbar alle Aszendenten zu verstehen, nicht nur die Großeltern. Als „Unterhalt" kommt jede Alimentation, sowohl die naturale als die sogen. zivile in Betracht, s. §§ 1601 ff. und Bem. dazu.

b) Die Bestimmung ist nur eine Auslegungsregel; die gegenteilige Absicht kann sowohl bei der Geschäftsführung ausdrücklich erklärt sein, als sich aus dem Gesamtverhalten des Geschäftsführers als vorhanden ergeben. Nur nützt natürlich eine einseitige nachträgliche Erklärung in dieser Richtung nichts, und wo eine gesetzliche Unterhaltspflicht in Frage stand, kommt es auf die so oder so geartete Absicht des Pflichtigen dem Berechtigten gegenüber überhaupt nicht an.

c) Ferner gilt die Vermutung nur **„dem Empfänger"**, nicht anderen vorzugsweise zum Unterhalt verpflichteten Personen gegenüber, z. B. die uneheliche Mutter gewährt ihrem Kinde den Unterhalt, weil der Erzeuger noch nicht zahlen will; die Großeltern gewähren ihn vor den Eltern (§ 1606); die Eltern einer Ehefrau vor ihrem Manne (Wieruszowski, Eherecht S. 115 Anm. 42). Ob und inwieweit hier den eigentlich Verpflichteten gegenüber die Voraussetzungen einer verbindlichen Geschäftsführung vorliegen, bestimmt sich nach allgemeinen Regeln; § 685 Abs. 2 läßt sich dabei überhaupt nicht verwerten, höchstens aus dem Gesichtspunkt des Abs. 1 kann der Regreßanspruch hier entfallen.

d) Eine ähnliche Vermutung für die Schenkungsabsicht, hier nur bei Kindern, enthält § 1618.

§ 686.

Ist der Geschäftsführer über die Person des Geschäftsherrn im Irrtume, so wird der wirkliche Geschäftsherr aus der Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet.

E. I 757, E. II 617, RV. 673. — Mot. S. 865–6, Prot. II S. 739.

1. **Allgemeines:** Daß Unkenntnis oder Irrtum über die Person des Geschäftsherrn den Ansprüchen des Geschäftsführers nicht schade, ist im bisherigen Recht überall anerkannt, s. l. 5 § 1 h. t., Windscheid § 431 Nr. 3; Landrecht I, 13, § 261, SächsGB. § 1343; nunmehr auch im BGB. Alsdann wird der wirkliche Geschäftsherr aus dem Eingreifen berechtigt und verpflichtet, und zwar nur er, nicht daneben der vermeintliche.

In der Regel kann der Fall nur beim objektiv, nicht beim subjektiv fremden Geschäft vorkommen: denn bei diesem weist ja erst die Willensrichtung auf einen bestimmten Geschäftsherrn hin. Doch trifft das schwerlich immer zu. Wohl mit Recht lehrt Isay S. 85 für das subjektiv fremde Geschäft: Wirklicher Geschäftsherr ist, wen der Geschäftsführer bei Kenntnis der Sachlage als Geschäftsherrn gewollt haben würde. Kommt es also auf eine Eigenschaft an, die er irrig dem einen zuschrieb, während sie der andere besaß, und hat ihn gerade diese Eigenschaft zur Übernahme bestimmt, so ist der wahre Träger der Eigenschaft Geschäftsherr. Beispiel: in Benutzung einer besonders günstigen Gelegenheit ersteht X einen alten Druck für seinen Freund Y, der, wie er gehört hat, Liebhaber ist; es stellt sich heraus, daß in Wahrheit der dem X gleichfalls befreundete Bruder des Y die Liebhabereigenschaft besitzt.

2. Zu unterscheiden ist der Fall, wenn jemand in der Geschäftsführungsabsicht für A wissentlich als dessen Gehilfe oder Vertreter die Geschäfte des B besorgt, dem gegenüber etwa A zu solcher Geschäftsführung verpflichtet ist (als Beauftragter, Dienstpflichtiger). Dann ist er aus der Geschäftsführung nur dem A, nicht auch dem B gegenüber berechtigt und verpflichtet, s. Windscheid aaO. Der B würde ihm höchstens auf die Bereicherung haften, l. 5 § 2 h. t., er dem B umgekehrt im allgemeinen nur nach den Regeln der unerlaubten Handlungen.

3. Über **Geschäftsführung für eine noch nicht bestehende Person** s. Bem. 2 zu § 677.

§ 687.

Die Vorschriften der §§ 677 bis 686 finden keine Anwendung, wenn jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, daß es sein eigenes sei.

Behandelt jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes, obwohl er weiß, daß er nicht dazu berechtigt ist, so kann der Geschäftsherr die sich aus den §§ 677, 678, 681, 682 ergebenden Ansprüche geltend machen. Macht er sie geltend, so ist er dem Geschäftsführer nach § 684 Satz 1 verpflichtet.

E. I. 761, E. II 618, RV. 674. — Mot. S. 869ff., Prot. II S. 741—3.

1. **Allgemeines:** Jede Geschäftsführung setzt das Handeln für einen andern voraus, § 677. Daher werden die Fälle, in denen jemand das fremde Geschäft im eigenen Interesse besorgt, in wesentlicher Übereinstimmung mit dem früheren Rechte nicht als wahre Geschäftsführung anerkannt. Eine Geschäftsbesorgung dieser Art kann sich aus zwei verschiedenen Gesichtspunkten vollziehen:

a) man führt das fremde Geschäft gutgläubig im eigenen Interesse: in der Meinung, es sei ein eigenes.

b) man führt es trotz Bewußtseins seiner Fremdheit zum eigenen Besten.

Vom ersten Fall handelt Abs. 1, vom zweiten Abs. 2.

Vielfach bezeichnete man bisher, m. E. ganz passend, beide Fälle mit dem Namen der „unechten Geschäftsführung"; dagegen jetzt Brückmann S. 50, weil der gestor hier gar nicht als solcher behandelt werde. Aber das trifft zunächst für den Fall zu b) nur teilweise zu, und zum andern: warum soll die Unanwendbarkeit der Regeln über die echte eine unechte Geschäftsführung ausschließen? Es bleibt doch immerhin die Tatsache bestehen, daß in Wahrheit fremde Geschäfte geführt sind, und das dürfte jene Bezeichnung genügend rechtfertigen.

2. **Zu Absatz 1:** Die Behandlung des Falles, wenn jemand fremde Geschäfte im Glauben, es seien seine eigenen, führt, war im bisherigen Rechte verschieden. Die herrschende und richtige Lehre des Gem. Rechtes (s. Windscheid § 431 a. E., Entsch. d. RG. Bd. 13 Nr. 43 S. 184—5) ließ den gestor allein nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung berechtigt und verpflichtet werden; nur in einzelnen Ausnahmefällen (s. z. B. l. 48 (49) D. 3, 5) scheinen die Römer sei es für, sei es gegen den Betreffenden die actiones negotiorum gestorum gewährt zu haben. Das Landrecht verwarf gleichfalls die Geschäftsführungsklage, ließ dagegen die Ansprüche aus nützlicher Verwendung eingreifen (s. Mot. S. 869 Anm. 1), und das SächsGB. § 1342 nahm zwar nicht zugunsten, aber zu ungunsten des gestor eine wahre Geschäftsführung an.

Das BGB. beschränkt sich darauf, die Grundsätze der §§ 677—86 auf den vorliegenden Fall für **unanwendbar** zu erklären. Die Frage der Berechtigung und Verpflichtung eines derartigen Geschäftsführers bestimmt sich somit nach allgemeinen Regeln, namentlich nach den Sätzen der §§ 812ff. über ungerechtfertigte Bereicherung. Daneben kann sich der Handelnde, wenn er fahrlässig über die Zuständigkeit des Geschäfts irrte, nach § 823 Abs. 1 auf Schadensersatz haftbar machen. Ist er bei Führung des Geschäfts in den Besitz einer fremden Sache gelangt, so greifen für seine Haftung, wie auch für seine Ersatzansprüche wegen Verwendungen, die Regeln der §§ 985ff. über den Eigentumsanspruch Platz.

Auch durch eine Genehmigung der „Geschäftsführung" kann der Herr hier seine Ansprüche nicht über das Gesagte hinaus erweitern: es fehlt ja an ihren objektiven Voraussetzungen.

Ist dem Geschäftsführer die Fremdheit des Geschäftes aus grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so soll nach Isay S. 104 § 687 Abs. 1 unanwendbar sein, der Geschäftsführer also wie ein die Fremdheit des Geschäftes Kennender behandelt werden. Die dafür angerufene Analogie des § 932 Abs. 2 ist offenbar nicht durchschlagend, die Isaysche Meinung vielmehr, weil mit dem Texte unvereinbar und angesichts der im BGB. auch sonst im allgemeinen abgelehnten Gleichstellung des Kennenmüssens mit dem Kennen als verfehlt abzulehnen.

3. **Zu Absatz 2:** Führt jemand bewußt fremde Geschäfte in gewinnsüchtiger Absicht für sich, so ließen ihn die bisherigen Rechte meist, vorbehaltlich seiner Ersatzpflicht aus einer etwaigen unerlaubten Handlung, aus der negotiorum gestio verpflichtet werden, während der Herr ihm andererseits nur nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung verantwortlich ward, s. Windscheid § 431 Nr. 4c, RG. 13 Nr. 43 aaO., Mot. S. 870.

Das BGB. stellt im Grunde ähnliche Grundsätze auf:

a) der Geschäftsherr kann den Handelnden als Geschäftsführer behandeln und auf Grund der in Abs. 2 angeführten Sätze — die §§ 679—80 fehlen hier nur deshalb, weil aus naheliegenden Gründen unanwendbar — in Anspruch nehmen und dadurch die Vorteile der Geschäftsführung sich aneignen.

Das darf natürlich nicht so weit gehen, daß der Geschäftsführer alles herauszugeben habe, was er nur gelegentlich des fremden Geschäftes oder gar durch bloße Benutzung der fremden Sache für sich erwarb (Kuhlenbeck Nr. 2: der Dieb spielt mit dem gestohlenen Geld in der Lotterie und gewinnt) — das Geschäft selbst muß ein fremdes sein, nicht ein eigenes nur mit Hilfe fremder Mittel unternommenes. Bei der Grenzziehung wird es auch darauf ankommen, ob der Gewinn im Sinn der römischen Unterscheidung (s. Jhering, Abhandlungen Nr. 1, Petrazycki, Einkommen I S. 61ff.) ex re aliena oder nur occasione rei entstanden ist. — Daß die Eigenschaft des Geschäftes als eines in Wahrheit fremden bei der Handlung erkennbar hervortrat, wird nicht erfordert. S. auch Prot. S. 743.

b) Das ist aber nur ein Recht des Geschäftsherrn; er kann den Geschäftsführer auch nach Wahl statt dessen belangen mit den Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung, die hier nach § 819 mit der schärferen Haftung verbunden sind, sowie mit denen aus der unerlaubten Handlung, die hier meist im Benehmen des gestor zu finden sein wird.

c) Dem Geschäftsführer stehen an sich die Rechte dieses Abschnittes überhaupt nicht zu; nur wenn der Herr ihn nach a) als solchen behandelt, bekommt er, zwar auch nicht die vollen Rechte eines solchen, aber wenigstens den Bereicherungsanspruch aus § 684 Satz 1.

Man wird aber in Konsequenz allgemeiner Grundsätze anzunehmen haben, daß auch davon abgesehen dem Geschäftsführer immerhin die allgemeinen Bereicherungsansprüche zukommen; für ihre Versagung fehlt es an äußeren wie inneren Gründen. S. auch § 850.

d) Zu beachten ist noch zweierlei:

α) Von Führung fremder Geschäfte im Sinne des Abs. 2 kann man nur bei objektiv fremden reden; die Führung eines nur subjektiv fremden als eigenes wäre ein Widerspruch in sich.

Kein objektiv fremdes Geschäft ist die Benutzung eines fremden Warenzeichens durch einen Unberechtigten. Denn das ist kein Geschäft, das an sich in des Zeicheninhabers Geschäftsbereich fällt, sondern nur negativ ein solches, das dem Führenden nicht zustand. Folglich haftet dieser zwar auf Schadensersatz, aber der Berechtigte kann sich nicht den Erfolg des Geschäftes aneignen, RG. 58 Nr. 82 S. 325.

Ebensowenig gehört unter § 687 Abs. 2 der Fall, wenn jemand unberechtigt im fremden Namen, aber auf eigene Rechnung ein Geschäft abschließt, z. B. ein Angestellter spekuliert auf eigene Rechnung im Namen des Chefs. Auch hier ist nur Schadensersatzpflicht begründet, aber kein Anspruch des Herrn auf das Geschäftsergebnis. Denn durch die bloße falsche Angabe wird das Geschäft nicht objektiv zu einem solchen des Herrn. So mit Recht Schwabe, Verträge in fremden Namen auf eigene Rechnung, 1904, S. 28, gegen Cosack § 155 a. E.

β) Abs. 2 ist nicht immer da anwendbar, wo der gestor das fremde Geschäft aus egoistischen Rücksichten führt (z. B. er begleicht Verbindlichkeiten seines Schuldners, um diesen vor der auch ihm schädlichen Insolvenz zu bewahren); nicht auf das Interesse kommt es an, sondern ob das Geschäft selbst als eigenes oder fremdes geführt wird.

4. Besondere Bestimmungen regeln die Fälle, wenn der „unechte Geschäftsführer“ Besitzer einer fremden Sache ist. Hier kommen die Regeln des Eigentumsanspruches zur Anwendung und schließen als die spezielleren für ihr Gebiet die allgemeineren Vorschriften der Geschäftsführung aus; so mit Recht Siber, Rechtszwang S. 189.

Zwölfter Titel.

Verwahrung.

Vorbemerkung.

1. **Begriff:** **Der Verwahrungsvertrag** entspricht im wesentlichen dem **depositum** des Römischen Rechts, der „Übergabe von Objekten zur unentgeltlichen Aufbewahrung". Nur dadurch weicht das BGB. (s. § 688) von dieser bisherigen Begriffsbestimmung ab, daß es das Moment der Unentgeltlichkeit fallen läßt.

Das römische depositum war Realvertrag; dagegen ist ihm gemeinrechtlich diese Natur ebenso, wie dem mutuum und commodatum, vielfach bestritten und dafür die als Konsensualvertrag zugeschrieben worden, s. über diese Kontroverse die fast durchweg auch hier anwendbaren Vorbemerkungen vor §§ 598, Nr. 2 und 607, Nr. 2. Auch für den Verwahrungsvertrag wird man im neuen Recht an der Annahme einer **notwendig realen Natur** festzuhalten haben, indem die Aufbewahrungs- und Rückgabepflicht wenigstens als präsente erst mit der vollzogenen Hingabe ins Leben treten kann. Dem entspricht auch der Wortlaut des tonangebenden ersten Paragraphen des Titels, wo von der Pflicht zur Aufbewahrung einer übergebenen Sache geredet wird, vor allem aber die mit einem Konsensualvertrage unvereinbare Behandlung selbst der entgeltlichen Verwahrung in §§ 696, 699, s. unten Nr. 3.

Das ist auch die, wie für das Gem. Recht, so für das BGB. herrschende Meinung; ihr huldigen vor allem die Mot. S. 569—70; ferner Crome § 275, IV; Dernburg § 349 III; Endemann § 185; Kuhlenbeck Vorbem. vor § 688; Schollmeyer S. 131; Staudinger zu § 688, Nr. 2d; im Ergebnis auch Schloßmann, Iherings Jahrb. 45 1ff., 69ff., 75ff., 85, allerdings in einem besonderen Sinne: der unentgeltliche Verwahrungsvertrag ist Realvertrag nur um deswillen geblieben, weil vermutlich auch unsere modernen Rechtsanschauungen aus einem bloßen unentgeltlichen pactum dieser Art noch keine Verpflichtungen entspringen lassen, sondern dazu erst die tatsächliche Übergabe hinzukommen muß. Auch Stintzing, Vorverpflichtung S. 71, entscheidet wegen § 688 für Realvertrag; in dem von der herrschenden Meinung anerkannten pactum de deponendo sieht er nur einen Auftrag. Dagegen leugnen die Notwendigkeit eines realen Abschlusses Cosack § 154 Nr. III und Meisner Nr. 2 zu § 688.

Freilich ist daneben, analog wie bei der Leihe, ein bindender Vertrag über Annahme einer Sache zur Verwahrung möglich, aber das ist nur ein **Vorvertrag (pactum de deponendo)**, der vom Verwahrungsvertrage selbst wesentlich verschieden ist und in dessen Abschluß seine Erfüllung und Beendigung findet. Die dagegen erhobenen Bedenken von Schloßmann, teilweise auch Stintzing aaO. dürften nicht begründet sein.

Ein solcher Vorvertrag verpflichtet normalerweise nur den künftigen Depositar zur Annahme, nicht den Deponenten zur Hingabe. Indes:

a) aus wichtigen Gründen wird jener die Annahme ablehnen dürfen; das ergibt die zwingende Analogie des § 696, wonach er alsdann selbst die vorzeitige Rücknahme der hinterlegten Sache verlangen kann, s. Bem. dazu.

b) andererseits ist der Berechtigte, wenn die reale Hinterlegung nicht zustande kommt, dem Verwahrer zur Erstattung der ihm zwecks ihrer Vorbereitung bereits erwachsenen Auslagen verbunden. Das ergibt die Analogie von § 693, den auf das pactum de deponendo sinngemäß anzuwenden statthaft, ja geboten erscheint. So auch Mot. S. 570, Kuhlenbeck Vorbem. vor § 688, der mit Recht auch aus den Grundsätzen vom Auftrag solche Ersatzpflicht ableitet.

2. **Gegenstände:** der Verwahrungsvertrag ist auf bewegliche Sachen beschränkt; so bestimmt es gleich der § 688 in Anlehnung an die herrschende Lehre des Gem. Rechts (Windscheid § 377 No. 4; a. A. Dernburg, Pand. § 92 No. 7), den Code Art. 1918 und das SächsGB. § 1260, aber im Gegensatze zum Landrecht I, 14, §§ 90—1.

In der Tat ist die Aufbewahrung, die Gewährung einer custodia, bei unbeweglichen Sachen unnötig, da sie ihre Stelle im Raum ohnedies nicht verlieren können; ist aber über die bloße Aufbewahrung hinaus eine positive Bewachungstätigkeit übernommen, so liegt darin kein Verwahrungsvertrag, sondern Auftrag, Dienstvertrag oder ein diesen verwandtes Geschäft, s. Mot. S. 571.

3. **Unentgeltlichkeit**: Nach Römischem Recht war der Vertrag notwendig unentgeltlich, jedoch konnte nach neuerer Auffassung (vertreten schon in l. 2 § 23 D. 47, 8) eine mäßige Entschädigung für die Mühen und Kosten als Honorar vereinbart werden, s. Petrażycki Einkommen II S. 380. Das Landrecht aaO. § 19 verlangte überhaupt keine Unentgeltlichkeit, und auch die Praxis des französischen Rechts (Code Art. 1917, Mot. S. 571) sieht meist von solchem Erfordernis ab. Dem folgt das BGB.: es erwähnt in § 688 das Moment der Unentgeltlichkeit nicht, und stellt sogar in § 689 einen Fall der Vermutung für eine Vergütung auf.

Zweifelhaft ist aber das Verhältnis der entgeltlichen zur unentgeltlichen Verwahrung. Manche sehen in jener nicht nur einen Unterakt des Verwahrungsantrages, sondern ein besonderes Geschäft, so Schloßmann aaO. S. 81; Lotmar, Arbeitsvertrag S. 285—6, der auf die entsprechende Verschiedenheit von Werkvertrag und Auftrag hinweist. Von dieser Anschauung aus kommt Schloßmann dazu, die entgeltliche Verwahrung als Konsensualvertrag zu bezeichnen, da der unwirtschaftliche Zweck, der dies bei der unentgeltlichen hindert, hier wegfällt.

Die Möglichkeit dieser Auffassung unterliegt keinem Bedenken, und wo die Parteien nachweislich eine derartige Regelung wollten, wird sie zu befolgen sein. Aber daß sie im Zweifel eintrete, dem allgemeinen Geschäftstypus der entgeltlichen Verwahrung entspreche, ist zu bezweifeln. Wäre sie es, so müßte der Lohn auch dann geleistet werden, wenn der Vertragsgegenstand infolge eines vom Hinterleger zu vertretenden Umstandes nicht hinterlegt werden kann (§ 324) oder doch tatsächlich nicht hinterlegt wird (in Analogie von § 552). Das scheint aber dem Gesetze wie dem vermutlichen Parteiwillen nicht zu entsprechen. Verspricht jemand eine Vergütung für eine vorzunehmende Hinterlegung, so dürfte das Versprechen im Zweifel nur als Vereinbarung einer lex contractus für den Hauptvertrag, auf dessen Abschluß er Anspruch hat, aufzufassen sein; er kann verlangen, daß der Gegner den Gegenstand gegen das entsprechende Entgelt in Verwahrung nehme. In der daraufhin tatsächlich vollzogenen Uebergabe und Übernahme liegt dann ohne weiteres eine Reproduktion der im Vorvertrage bereits vorgesehenen Lohnabrede.

Daß die Entlohnung nur Äquivalent für die tatsächliche Aufbewahrung sein soll, ergibt doch auch der Wortlaut des § 689: dort ist nur von Vergütung für die reale Aufbewahrung die Rede, nicht von Vergütung im Sinne einer vereinbarten Gegenleistung für die konsensuale Übernahme der Aufbewahrung; vor allem aber die Regelung in § 699 Abs. 2 in Verbindung mit § 696: wäre die Vergütung eine konsensual übernommene Gegenleistung, so könnte der Hinterleger sie doch nicht einseitig durch Rücknahme der Sache kürzen.

Nur das ist zuzugeben: wird der reale Verwahrungsvertrag als entgeltlicher geschlossen — sei es durch besonderes Lohnversprechen bei der realen Übernahme, sei es durch Bezugnahme auf einen jenes antizipierenden Vorvertrag — so bekommt er dadurch den Charakter eines gegenseitigen Vertrages, und die §§ 320ff. sind insoweit anwendbar, als nicht die Besonderheiten des realen Abschlusses ihrer Anwendbarkeit entgegenstehen. S. Vorbem. 3 vor § 320, ebenso OLG. Karlsruhe Rspr. III S. 43, Planck Vorbem. I und dort zitierte, Cosack § 154, IV, Staudinger Vorbem. 2; anders Endemann aaO. Anm. 4, weil die Vergütung sich nicht als Gegenleistung darstelle.

4. Der Vertrag besteht in der **Übernahme der Aufbewahrung einer Sache**, s. darüber näheres unten Nr. 6 und Bem. 1 zu § 688. Nur diese Verpflichtung und die damit zusammenhängende der demnächstigen Rückgabe sind ihm wesenlich; mit ihnen befassen sich die §§ 688, 690—2, 695—8, 700. Möglicherweise, akzidentell, können zu diesen Pflichten des Verwahrers auch solche des Hinterlegers hinzutreten, s. §§ 689, 693—4, 699, namentlich auf die etwaige Vergütung und Ersatz der Aufwendungen. Der Vertrag ist also als solcher, in abstracto, ein contractus bilateralis inaequalis, kann sich jedoch im Einzelfall, bei ausgemachter Vergütung als gegenseitiger Vertrag darstellen, s. oben Nr. 3.

Überall erwirbt der Verwahrer den (unmittelbaren) Besitz der Sache, § 868, und die daraus entspringenden Ansprüche gegen dritte; nicht aber auch, wie bei der Leihe,

ein Recht auf ihren Gebrauch; der Erwerb eines solchen setzt immer eine, hier nicht erweisliche, besondere Begründung voraus, Mot. S. 576. Nur soweit darf der Verwahrer die Sache gebrauchen, als es zur regelmäßigen Aufbewahrung gehört. Indes kann ihm auch eine weitergehende Benutzung besonders gestattet sein (z. B. gelegentliche Verwendung des in seiner Stallung aufzubewahrenden Wagens zum Ausfahren), soweit dadurch der wesentliche Geschäftszweck nicht geändert wird — ist aber das Benutzungsrecht die Hauptsache, so wird das Geschäft zur Leihe.

Noch viel weniger erwirbt der Verwahrer das Eigentum an der Sache. Anders nur in den besonders gearteten Fällen des depositum irregulare, § 700 und Bem. dazu.

5. Wie bei der Leihe, ist es auch hier unnötig, daß der Hinterleger Eigentümer der Sache sei. Ob aber eigenes Eigentum des Verwahrers die Gültigkeit des Vertrages ausschließe, ist zu § 695 festzustellen.

6. **Verhältnis zu verwandten Verträgen:**

a) indem die Aufbewahrung der Sache stets eine gewisse Raumgewährung erfordert, tritt der Verwahrungsvertrag der Sachmiete einigermaßen nahe. Indes sind die Unterschiede nicht zu verkennen. Einmal ist ihm im Gegensatze zur Miete keine Vergütung wesentlich. Aber auch wenn solche vereinbart ist, bleibt der Unterschied, daß nicht ein bestimmter, nur für den Verwahrungszweck dienender **Raum** überlassen, sondern nur allgemein die **Aufbewahrung**, eventuell mit andern Sachen gemeinsam in demselben Gelaß, **versprochen wird.** Andererseits fehlt bei der Miete die Pflicht einer besonderen Bewahrung der im Mietraum befindlichen Gegenstände; sie sind ja gar nicht Vertragsgegenstand, sondern das ist nur der sie umgebende Raum.

b) **Vom Auftrag** unterscheidet sich der Verwahrungsvertrag durch die mögliche Entgeltlichkeit; ferner dadurch, daß keine besondere Handlung, insbesondere etwa Verwahrungstätigkeit versprochen wird, sondern „nur die gewöhnliche Obhut, die ohne Verschulden nicht versäumt werden kann" (Dernburg, Pand. II § 92 No. 3). Wer z. B. in seiner Remise einen fremden Wagen, in seinem Korridor ein Fahrrad aufbewahrt, darf zwar nicht durch Offenlassen der Türen Gelegenheit zum Diebstahl geben, braucht aber mit nichten stets selbst anwesend zu sein oder einen Wächter aufpassen zu lassen. Dabei ist der Unterschied natürlich ein flüssiger und bisweilen schwer festzustellender, auch lassen sich Zwischenbildungen denken. S. l. 1 § 12 D. h. t. 16,3: „quod si rem tibi dedi, ut custodires . . . puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens et custodiae legem".

Entsprechend ist das Verhältnis zum **Dienstvertrag.**

c) Andererseits liegt auch kein Verwahrungs-, sondern höchstens ein ähnlicher, nicht besonders benannter Vertrag dann vor, wenn jemand einfach **die Niederlegung** fremder Gegenstände auf seinem Platze **duldet** ohne Übernahme einer Verwahrungspflicht, Dernburg, Pand. II § 92 No. 4, Ihering, Besitzwille S. 419ff., neuestens eindringlich und überzeugend Danz in Iherings Jahrb. 38 476, der auf die mit Annahme einer Vertragspflicht für solche Fälle verbundenen Unzuträglichkeiten aufmerksam macht.

d) Aber auch trotz einer solchen Übernahme ist kein selbständiger Verwahrungsvertrag vorhanden, wenn sie nur als nebensächliches Element zu einem andern, dem Geschäft die Grundfärbung gebenden Vertragszwecke hinzutritt (Pfand-, Leihe-, Werkvertrag, Auftrag); alsdann kommen nur die Regeln über die genannten Geschäfte zur Anwendung. So auch l. 8 pr. D. 17,1, Mot. S. 570.

e) Endlich von der **Leihe** unterscheidet sich der Verwahrungsvertrag dadurch, daß bei jener die Sache zum Gebrauch, bei diesem nur zur Aufbewahrung übergeben wird; die Leihe dient also dem vorwiegenden Interesse des Empfängers, die Verwahrung dem des Hingebenden.

7. Als Abart des depositum sonderte die bisherige Lehre **die Sequestration** (siehe darüber Muther, Sequestration und Arrest 1856, v. Nikonoff, Lehre von der Sequestration 1894), unter der man „die Deponierung durch mehrere mit der Vereinbarung, daß das Hinterlegte je nach künftigen Eventualitäten dem einen oder dem andern herauszugeben ist" (Dernburg, Pandekten II § 93 Nr. 2), verstand. Das BGB. erwähnt den Vertrag nicht besonders (s. Kuhlenbeck, Von d. Pand. z. BGB. II S. 228). Man wird darin mit den Mot. S. 580 eine Hinterlegung sehen dürfen, mit der besonderen Eigentümlichkeit, „daß nur an alle Hinterleger gemeinsam bezw. an einen von ihnen gemeinsam bezeichneten Empfangsbevollmächtigten restituiert werden darf".

Unter Umständen kann auch ein entsprechend qualifizierter Auftrag oder, bei Entgeltlichkeit, Dienstvertrag vorliegen, namentlich bei beweglichen Sachen und überhaupt, wenn der Sequester Verwaltungsbefugnisse erhält.

8. S. auch das Reichsgesetz vom 5. VII. 1896 über die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung von Wertpapieren.

§ 688.

Durch den Verwahrungsvertrag wird der Verwahrer verpflichtet, eine ihm von dem Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren.

E. I 614, E. II 628, RV. 675. — Mot. S. 569—74, Prot. II S. 391—3, Ber. d. ReichsKomm. S. 53.

1. Die vornehmste **Pflicht des Verwahrers** besteht in der **Aufbewahrung** der Sache. Was darunter zu verstehen sei, ist in Vorbem. 6 auseinandergesetzt: keine positive Bewahrungstätigkeit, aber Beobachtung eines allgemeinen, sowohl positiven, wie negativen Verhaltens, das tunlichst der Bewahrung der Sache dient. Der Inhalt dieser Pflicht ist nach Lage des Falles sehr verschieden: Wert und Eigenart der Sache, Sicherheit und Übung des Aufbewahrungsortes, auch Beruf und Bildungsgrad des Aufbewahrers fallen dabei besonders ins Gewicht.

2. Bei Erfüllung seiner Verwahrungspflicht **haftet** der Verwahrer **für jedes Verschulden** im Sinne von § 276; nur bei unentgeltlicher Verwahrung mildert § 690 die Haftung ab. Dies steht in Widerspruch zum bisherigen Recht, indem das GemR. den Depositar bekanntlich im allgemeinen nur für culpa lata (l. 1 § 10 D. 16,3), das Landrecht (I, 14, § 11) nur für culpa in concreto haften ließen. Wegen der Gründe für die, dem Code Art. 1929—8 entsprechende, Haftungsschärfung vgl. Mot. S. 572—3.

3. Die Pflicht des § 688 beginnt mit **Übergabe** der Sache im Sinne von § 929. Daß dazu ein constitutum possessorium (§ 930) genüge, entspricht den Anforderungen des Lebens (man denke an die Kommissions- und Depotgeschäfte der Banken!) und ist auch vom RG. 1 Nr. 139 S. 391 anstandslos angenommen.

4. Die Pflicht **endet mit Rückgabe** der Sache oder ihre, ohne vertretbares Verhalten des Schuldners, eingetretene Unmöglichkeit. Den Nachweis einer solchen muß im Sinne von § 282 der Verwahrer führen.

Rettet er bei einer gemeinsamen Gefahr seine eigenen Sachen vor der fremden, so wird man ihm das auch bei der strengeren Haftung des BGB. im allgemeinen nicht als Schuld anrechnen können; das darüber bei der Leihe Gesagte gilt hier erst recht. S. auch Leske S. 283 (vergleichsweise Verwertung des Preußischen Rechts).

§ 689.

Eine Vergütung für die Aufbewahrung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

E. I 615², E. II 629², RV. 676. — Mot. S. 571, Prot. II S. 393.

Die Bestimmung entspricht wörtlich den für den Dienst- und Werkvertrag gegebenen §§ 612 und 632 in ihrem ersten Absatz; es sind daher die Bemerkungen zu § 612 Abs. 1 auch hier anwendbar.

§ 690.

Wird die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen, so hat der Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

E. II 630, RV. 677. — Prot. II S. 393.

1. **Die Haftungsbeschränkung** bei unentgeltlicher Verwahrung ist von der zweiten Kommission — mit Recht — eingefügt; es ist damit ein praktischer Gegensatz zum

Auftrage geschaffen, bei dem die schärfere Haftung nach wie vor Platz greift. Um so wichtiger ist die Feststellung der Grenze zwischen beiden Geschäften, s. Vorbem. Nr. 6. Ist die Verwahrung nicht als selbständige Pflicht, sondern nur zwecks Ausführung eines Auftrages übernommen, so behält es nach dem dort Gesagten bei der schärferen Haftung sein Bewenden.

Wegen des Begriffes der nach § 690 zu vertretenden Sorgfalt s. § 277 und Bem. dazu.

2. Unentgeltlichkeit der Verwahrung ist nicht identisch mit einer Schenkung, stellt vielmehr einen weiteren Begriff dar — insbesondere braucht dadurch nicht, wie bei jener, eine Vermögensminderung einzutreten. S. Vorbem. vor § 516.

§ 691.

Der Verwahrer ist im Zweifel nicht berechtigt, die hinterlegte Sache bei einem dritten zu hinterlegen. Ist die Hinterlegung bei einem dritten gestattet, so hat der Verwahrer nur ein ihm bei dieser Hinterlegung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Für das Verschulden eines Gehilfen ist er nach § 278 verantwortlich.

E. I 616, E. II 631, RV. 678. — Mot. S. 574—5, Prot. II S. 394—5.

Ob der Depositar sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten eines Substituten bedienen dürfe, war nach Gemeinem Recht wegen l. 16 D. h. t. bestritten, doch für die Regel der Fälle eher zu verneinen. Die neueren Gesetzgebungen gaben ihm eine solche Befugnis meist nur für Notfälle, so das Landrecht I, 14, §§ 13ff., das SächsGB. § 1265.

Das BGB. behandelt die Frage durchaus nach dem Vorbild des Auftrages, § 664. Die dortigen Bemerkungen sind daher auch hier anwendbar. Ein Unterschied ergibt sich nur aus der hier unter Umständen (§ 690) milderen Haftung. Liegt ein entsprechender Fall vor, so haftet der Verwahrer nach S. 3 für das Verschulden des Gehilfen, wenn dieser nicht die Sorgfalt, die er, der Gehilfe selbst, nicht etwa der Verwahrer in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegte, beobachtet hat. Denn dieser steht nach § 278 für das Verschulden des Gehilfen wie für eigenes ein. Anders Kuhlenbeck Nr. 3, Staudinger Nr. 4b und meine Aufl. 1, s. aber dagegen Bem. 4 zu § 278.

§ 692.

Der Verwahrer ist berechtigt, die vereinbarte Art der Aufbewahrung zu ändern, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Hinterleger bei Kenntnis der Sachlage die Änderung billigen würde. Der Verwahrer hat vor der Änderung dem Hinterleger Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

E. I 617, E. II 632, RV. 679. — Mot. S. 575—6, Prot. II S. 395.

Auch diese Bestimmung entspricht durchaus dem Rechte des Auftrages, § 665, so daß auf das dort Gesagte wiederum verwiesen werden kann. Allerdings ist die Abweichungsbefugnis hier enger begrenzt wie dort, was sich aus der engeren Umgrenzung des Geschäftszweckes erklärt. Ähnliche Sätze fanden sich im Landrecht (I, 14, §§ 15—6.)

Eine Umkehrung der Befugnis des § 692 dahin, daß der Hinterleger im Vertrage nicht vorgesehene Anweisungen in Abänderung des ursprünglichen Zweckes erteilen dürfe, ist dem Gesetzbuch fremd, Mot. S. 576. Doch ist damit nicht gesagt, daß nicht der Verwahrer unter Umständen solche Anweisungen beachten müsse, die ihn nicht unbillig belasten — die Frage ist ihretwegen nach Treu und Glauben (§ 242) individualisierend zu beantworten.

§ 693.

Macht der Verwahrer zum Zwecke der Aufbewahrung Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Hinterleger zum Ersatze verpflichtet.

E. I 621, E. II 633, RB. 680. — Mot. S. 581, Prot. II S. 399—400.

1. **Allgemeines:** Schon das bisherige Recht gab dem Depositar meist Erstattungsansprüche, beschränkte sie aber in der Regel auf den allerdings wichtigsten, aber nicht allein möglichen Fall der Verwendungen auf die hinterlegte Sache selbst, s. l. 23 D. h. t., Windscheid § 378 Nr. 2; Landrecht aaO. § 42, Code Art. 1947, SächsGB. § 1273.

Das BGB. geht weiter. Der Verwahrer hat nach § 693 **Ersatzansprüche** nicht nur wegen Verwendungen auf die Sache (Reparaturkosten, bei Tieren Fütterungs- und Kurkosten), sondern **wegen aller Aufwendungen „zum Zwecke der Aufbewahrung"**. Auch diese Vorschrift ist nach Art und Umfang dem Rechte des Auftrages, § 670, nachgebildet; es kann also auch hier wieder auf das dort Ausgeführte Bezug genommen werden. Danach würden z. B. zu ersetzen sein — immer unter Begrenzung auf das, was der Verwahrer „den Umständen nach für erforderlich halten darf" — Rettungskosten bei Wasser- oder Feuernot (Mot. S. 581), Versicherungsgelder, Abgaben und Steuern (Hundesteuern) u. dergl. mehr. Daß die Aufwendungen objektiv notwendig waren, ist nicht erfordert, ebensowenig, daß der Verwahrer rechtlich zu ihrer Vornahme verpflichtet war. Solche Aufwendungen, die er nur anläßlich der Verwahrung gemacht hat — z. B. er hat, um sie sicherer durchführen zu können, einen neuen Geldschrank oder sonstige Behältnisse angeschafft — kann der Verwahrer nicht ersetzt verlangen.

2. **Der Anspruch** auf den Ersatz der Aufwendungen bestimmt sich des näheren nach den Grundsätzen der §§ 256—6 (also u. a. Verzinsungspflicht!); dem Verwahrer steht deswegen auch gegen den Rückforderungsanspruch des Hinterlegers das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 zu. So auch schon l. 11 C. IV, 34.

§ 694.

Der Hinterleger hat den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache dem Verwahrer entstehenden Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß er die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache bei der Hinterlegung weder kennt noch kennen muß oder daß er sie dem Verwahrer angezeigt oder dieser sie ohne Anzeige gekannt hat.

E. I 622, E. II 634, RB. 681. — Mot. S. 581—2, Prot. II S. 400—1.

Schäden, die dem Verwahrer durch die übernommene Verwahrung erwachsen, müssen ihm nach den meisten Gesetzgebungen nicht schlechthin, sondern nur bei nachweislichem Verschulden (culpa levis) des Hinterlegers ersetzt werden, so nach der herrschenden Lehre des Gemeinen Rechts, Windscheid § 378 Nr. 2, Dernburg Pand. II § 92 Nr. 2, Seuffert 50 Nr. 242 S. 394; a. A. freilich wegen l. 62 (61) § 5 D. 47,2 und aus inneren Gründen Fr. Mommsen, Erörterungen II S. 58 ff. und Unger, Jherings Jahrbücher 33 321; ferner nach dem Landrecht aaO. §§ 42—3, während der Code Art. 1947 die strengere Lehre vertrat.

Entw. I hatte das mildere Prinzip angenommen, s. Mot. S. 582; Entw. II dagegen hat zwar das nicht völlig geändert, aber, ähnlich wie in anderen Fällen des Schadensersatzrechtes (s. § 831 BGB.) eine **Umkehrung der Beweislast** vollzogen: Freilich hat der Verwahrer zunächst darzutun, daß ihm ein Schaden entstanden ist, und zwar gerade durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache (z. B. das kranke Tier hat seinen Bestand infiziert, der hinterlegte Zündstoff ist explodiert). Ist das aber bewiesen, so muß der Hinterleger nunmehr zur Vermeidung seiner Haftung für die dem Verwahrer erwachsenen Schäden seinerseits den im Texte angegebenen Beweis seiner Schuldlosigkeit führen. Dabei ist nach den Schlußworten konkurrierendes Verschulden des Beschädigten hier insofern kein Entschuldigungsgrund,

als zwar auf Seite des Hinterlegers, nicht aber auf Seite des Verwahrers das Kennenmüssen des gefährlichen Zustandes dem wirklichen Kennen gleichgestellt wird. Mußte er beiderseits erkannt werden, so verbleibt es also bei der Haftung. Davon abgesehen, kann sich freilich der Verwahrer offenbar auch hier zu deren Ausschließung auf § 254 berufen.

Übrigens beruht die Haftung aus § 694 weniger auf der Verletzung von Vertragspflichten, die den Hinterleger nicht treffen, sondern eher auf einer Anwendung des Gesichtspunktes der sogen. culpa in contrahendo. Daher auch nur Haftung auf das negative Vertragsinteresse, s. v. Tuhr DJZ. 01 472.

§ 695.

Der Hinterleger kann die hinterlegte Sache jederzeit zurückfordern, auch wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt ist.

E. I 624, E. II 635, RV. 682. — Mot. S. 582—3, Prot. II S. 402.

1. **Zeit des Rückgabeanspruches**: Die Bestimmung des § 695 entspricht der Natur des Verhältnisses und dem bisherigen Recht, s. z. B. Landrecht aaO. §§ 54—5, Code Art. 1944, SächsGB. § 1267. Die Ausnahme gegenüber dem Prinzip des § 271 Abs. 2 ergibt sich aus dem Zweck des Geschäftes, das nur zu gunsten des Hinterlegers eingegangen ist, und aus der steten Leistungsmöglichkeit des Verwahrers.

Man wird sogar geneigt sein, ein solches stetes Rückforderungsrecht als mit dem Wesen des Vertrages unzertrennlich verbunden anzusehen (anders freilich Dernburg § 350, III, 1): die Ausmachung einer Kündigungsfrist steht mit dem typischen Vertragszwecke in Widerspruch. Dafür spricht auch der kategorische Wortlaut des Paragraphen. Selbst die Ausmachung einer Vergütung ändert daran nichts, s. Bem. zu § 699. Daß trotzdem der Hinterleger die Rückgabe nicht zu einer unangemessenen Zeit verlangen darf, ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242) selbstverständlich. Ein modicum tempus wird dem Verwahrer ferner für die Vorbereitung der Rückgabe vielfach zuzubilligen sein.

2. **Einreden gegen den Rückgabeanspruch:**

a) Da es an besonderen Bestimmungen fehlt, stehen dem Verwahrer Einreden und sonstige Einwendungen nach allgemeinen Grundsätzen zu; insbesondere auch die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes (§ 273) und die Einwendung der Aufrechnung (§§ 387 ff.). Die nach dem Muster des Römischen Rechtes in vielen neueren Gesetzbüchern enthaltenen Beschränkungen der Kompensation gegenüber der actio depositi sind, als innerlich antiquiert, in das BGB. nicht übernommen, Mot. S. 579 No. 4. Auch schließt das Recht des Hinterlegers „jederzeit zurückzufordern" derartige Einreden nicht aus.

b) Kann der Verwahrer der Klage durch die **Einrede** entgehen, **daß ein dritter oder gar er selbst Eigentümer sei?** Man muß scheiden:

α) Das Eigentum eines dritten tut der Gültigkeit des Aktes unter den Parteien keinen Eintrag. Freilich kann der dritte dem Verwahrer möglicherweise kraft seines dinglichen Rechtes die Sache abstreiten; ist das aber nicht geschehen, so wäre die Berufung des letzteren auf jenes Eigentum eine unstatthafte exceptio de iure tertii, ll. 1 § 39, 31 § 1 D. h. t.

β) Auch die Einrede des eigenen Eigentums des Verwahrers, mag er es nun — unwissend — bei Abschluß des Vertrages gehabt oder erst später erlangt haben wollen, schließt den Anspruch nicht schlechthin aus. Es gelten darüber die gleichen Sätze wie bei der Miete, s. oben Vorbem. vor § 535 Nr. 1b und zu § 556 Nr. 2, Vorbem. 1b vor § 598. Der Verwahrungsvertrag über die eigene Sache ist (oder wird) schwerlich ohne weiteres ungültig (s. auch Wolff, Recht zum Besitze S. 31 und dort zitierte, anders Kuhlenbeck Nr. 2, s. ferner ll. 15, 31 i. f. D. h. t.); er wird es zum mindesten dann nicht, wenn der Hinterleger dem Verwahrer gegenüber ein Recht auf den Besitz der Sache hatte, z. B. Nießbrauch. Ist dem nicht so, so wird zwar der Vertrag gleichfalls nicht nichtig, der Beklagte aber kann sich dem Rückforderungsanspruch gegenüber mittelst der Einrede des Eigentums verteidigen, da und soweit das Eigentum ein besseres Besitzrecht verleiht, Wolff aaO. Der Gesichtspunkt meiner Aufl. 1 — es dürfe dem Verwahrer nicht durch solche Rückgabepflicht seine bisher vorhandene günstige (mittelbare) Besitzer- und Beklagtenrolle für den Eigentumsprozeß entzogen werden; bis zu dessen Austrag sei der Hinterleger eben als solcher zu

behandeln, der sich auch dem wahren Eigentümer gegenüber im (mittelbaren) Besitze der Sache behaupten kann — schlägt nicht durch: denn da der beklagte Verwahrer seine Einrede des Eigentums beweisen muß, entzieht er dem Kläger gar nicht die günstige Position, die er als Beklagter im Eigentumsprozeß haben würde.

Der Einrede des Eigentums muß die Einrede aus einem sonstigen dinglichen oder persönlichen Besitzrecht des Beklagten gleichwirken, Wolff aaO. S. 32, z. B. er hat einen Pfandgläubiger oder Mieter beerbt.

Umgekehrt kann sich der Hinterleger replicando gegenüber der Eigentumseinrede auf ein ihm etwa zustehendes, das Eigentum überwindendes Besitzrecht berufen.

Die etwa vereinbarte Vergütung kann der Verwahrer natürlich von dem Momente ab nicht mehr fordern, wo er mit der Einrede des Eigentums oder sonstigen Besitzrechts durchgedrungen ist; aber auch wohl vorher nicht mehr von dem Zeitpunkt an, wo er unter Berufung auf das Besitzrecht die demnächstige Rückgabe weigert: denn fortan besitzt er die Sache im eigenen Interesse, nicht mehr als Verwahrer für den Gegner.

Anders gestaltet sich die Sachlage, wenn der Verwahrer vom Hinterleger selbst inzwischen das Eigentum erworben hat; darin ist im allgemeinen eine vertragsmäßige Aufhebung des Verwahrungsverhältnisses zu finden, die, wenn erwiesen, den Rückgabeanspruch beseitigt. Übereinstimmend die Entscheidung des RG. 15 Nr. 48 S. 208ff. und 25 Nr. 37 S. 182ff., auch Windscheid § 378 Nr. 1, Mot. S. 579 No. 3 (Angaben über das bisherige Recht).

3. Kann der Hinterleger die Sache auch von einem dritten direkt zurückfordern, dem der Verwahrer sie seinerseits in Verwahr gegeben hatte? Dafür, in entsprechender Anwendung der §§ 556 und 605, v. Tuhr DJZ. **01** 426. Dem wird man in der Tat zuzustimmen haben, da der gleiche rechtspolitische Grund, wie bei Miete und Leihe, auch bei der Verwahrung zutreffen dürfte.

4. Über das Rückgaberecht des Verwahrers s. § 696, über den Ort der Rückgabe § 697.

§ 696.

Der Verwahrer kann, wenn eine Zeit für die Aufbewahrung nicht bestimmt ist, jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sache verlangen. Ist eine Zeit bestimmt, so kann er die vorzeitige Rücknahme nur verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

E. I 625, E. II 636, RB. 683. — Mot. S. 583; Prot. II S. 402.

1. **Allgemeines**: Auch diese Bestimmung erklärt sich aus dem Zwecke des Verwahrungsvertrages und entspricht dem früheren Recht, s. die Angaben in den Mot. S. 583 No. 2, sowie dem ähnlichen Satze des § 671 beim Auftrag. Wenn de Claparède, Leistungsverzug S. 71—2 den Satz für die entgeltliche Verwahrung anzweifelt, so scheint das nur im rechtspolitischen Sinne gemeint, wäre jedenfalls dogmatisch unhaltbar. Vom Prinzip des § 271 unterscheidet sich der erste Satz nur dadurch, daß die Rücknahme **jederzeit** verlangt werden kann, ohne daß eine Untersuchung am Platze wäre, ob sich nicht aus den Umständen das Gegenteil ergibt.

Natürlich darf der Verwahrer die Sache dem Hinterleger ebensowenig in einem unangemessenen Zeitpunkt aufdrängen, wie dieser sie ihm so abfordern (s. Bem. 1 zu § 695); er muß auch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242) eine angemessene Frist zur Rücknahme gewähren.

Ein Verzicht auf das jederzeitige Kündigungsrecht ist möglich, er wird juristisch als Bestimmung einer, event. angemessenen, Zeit aufzufassen sein (Satz 2). Die Vereinbarung einer Vergütung enthält an sich nicht einen solchen Verzicht.

2. Zu **Satz 2**: Es wird zu seiner Anwendung nicht verlangt, daß eine kalendermäßig fixierte, sondern nur, daß überhaupt eine Zeit für die Dauer der Aufbewahrung bestimmt sei, z. B. X verpflichtet sich, meine Wertsachen während meiner Ferienreise, während der Reparatur meines durch Brand beschädigten Hauses aufzuheben. Auch die Übernahme einfach „während einer angemessenen Zeit" dürfte unter den Satz fallen.

Über den Begriff des zur vorzeitigen Rückgabe berechtigenden **„wichtigen Grundes"** s. Bem. 1ba zu § 671. Beispiele würden etwa sein: Aufgabe der zur Verwahrung verwendeten Räumlichkeiten, Krankheit usw.

3. **Nimmt der Hinterleger die Sache nicht rechtzeitig zurück**, so kommt er jedenfalls in Annahmeverzug, §§ 293ff.; ob auch in Leistungsverzug, ist zweifelhaft. Cosack § 154, IV, 3d bejaht die Frage, wohl mit Recht. Denn § 696 gibt dem Verwahrer nicht nur das Recht, die Sache zurückzugeben, sondern auch das, vom Hinterleger die Rücknahme zu verlangen. Er wird also auch auf sie klagen können, ähnlich wie der Verkäufer und Unternehmer auf Abnahme; auch innere Gründe empfehlen diese Gleichbehandlung. Dagegen zwar Goldmann-Lilienthal S. 711, aber ohne durchschlagende Gegengründe.

§ 697.

Die Rückgabe der hinterlegten Sache hat an dem Orte zu erfolgen, an welchem die Sache aufzubewahren war; der Verwahrer ist nicht verpflichtet, die Sache dem Hinterleger zu bringen.

E. I 620, E. II 637[1-2], RB. 684. — Mot. S. 580—1, Prot. II S. 399.

1. **Prinzip:** Die Vorschrift des § 697 entspricht der Natur des Verhältnisses und dem bisher überall geltenden Recht, so l. 12 pr. § 1 D. h. t., Landrecht §§ 72—3, Code Art. 1942—3. Die Verpflichtung zur Zurückgabe ist danach eine Holschuld im strengsten Sinne. Jedoch wird man trotz des bedenklichen Wortlautes auf Grund der Anforderungen von Treu und Glauben und der Verkehrssitte (§ 242) dem Verwahrer immerhin zumuten dürfen, die Sache auf Anfordern des Gegners auf dessen Kosten und Gefahr ihm oder einem dritten zuzusenden; so auch schon die Römischen Juristen in l. 12 § 1 cit. (si velit actor suis impensis suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit). Ebenso Dernburg § 350, I, 4.

Auf den Ort des Vertragsschlusses oder den, wo sich die Sache in Wahrheit befand, kommt nichts an; Erfüllungsort ist vielmehr mangels besonderer Abrede stets der, wo sie aufzubewahren war.

2. **Früchte und Nutzungen** müssen mit der Sache herausgegeben werden; das folgt ohne weiteres aus dem Mangel eigenen Nutzungsrechtes des Empfängers, und ist im bisherigen Recht — auch im Gemeinen Recht trotz l. 1 § 5 h t., Windscheid § 378 No. 9—10 — überall anerkannt. Die Entwürfe hatten es besonders ausgesprochen, und der Satz ist nur, weil selbstverständlich, nachher gestrichen worden.

§ 698.

Verwendet der Verwahrer hinterlegtes Geld für sich, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen.

E. I 619[2], E. II 638, RB. 685. — Mot. S. 579, Prot. II S. 399.

Wie so viele Vorschriften des Titels, entspricht auch § 698 den Sätzen des Auftrages, § 668, weshalb wiederum auf das dort Gesagte verwiesen werden kann. Auch das bisherige Recht hatte meist ähnliche Bestimmungen, s. Mot. S. 579 Nr. 2.

Die Beschränkung des Entwurfs auf den Fall mangelnder Erlaubnis des Hinterlegers ist im Gesetze gestrichen.

§ 699.

Der Hinterleger hat die vereinbarte Vergütung bei der Beendigung der Aufbewahrung zu entrichten. Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten.

Endigt die Aufbewahrung vor dem Ablaufe der für sie bestimmten Zeit, so kann der Verwahrer einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen, sofern nicht aus der Vereinbarung über die Vergütung sich ein anderes ergibt.

E. I 623, E. II 639, RB. 686. — Mot. S. 582, Prot. II S. 401—2.

1. **Absatz 1**: Seine Bestimmungen entsprechen durchaus den analogen Bestimmungen bei der Miete, § 551, und beim Dienstvertrage, § 614; auf das dort Gesagte kann somit einfach Bezug genommen werden.

Der Rückgabeanspruch und der Anspruch auf die Vergütung sind nach Satz 1 Zug um Zug zu erfüllen; der eine wie der andere Teil kann deswegen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, §§ 321 ff., geltend machen, s. Vorbem. 3 vor § 320.

2. **Absatz**: Ein vorzeitiges Ende der Aufbewahrung kann sich ergeben:

a) Bei Geltendmachung der dem Hinterleger jederzeit (§ 695) zustehenden Rücknahmebefugnis.

b) Wenn der Verwahrer die Sache aus wichtigem Grunde zurückgibt, § 696.

c) Wenn die weitere Verwahrung unmöglich wird — etwa wegen Abbrennen des Hauses oder Gelasses, in dem sie stattfand.

Alsdann soll der Verwahrer, ähnlich wie beim Dienstvertrag (s. § 628 und Bem. dazu) **„einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung"** verlangen dürfen. Es kommt also bei der Berechnung nicht allein auf das Verhältnis der Zeitdauer an, sondern auf das der bereits vollzogenen Leistungen zur Gesamtleistung

Dies jedoch nur, sofern sich aus der Vereinbarung **nicht ein anderes ergibt**, was nicht selten der Fall sein dürfte. So wird als Absicht der Parteien oftmals zu unterstellen sein, daß die Vergütungsanwartschaft des Verwahrers nicht durch spätere einseitige Verfügungen des Hinterlegers solle geschmälert werden dürfen. Andererseits wird dem Verwahrer der Anspruch vielfach nicht zustehen sollen, wenn durch sein Verschulden das Verhältnis vorzeitig beendet wird.

§ 700.

Werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden die Vorschriften über das Darlehen Anwendung. Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen, so finden die Vorschriften über das Darlehen von dem Zeitpunkt an Anwendung, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet. In beiden Fällen bestimmen sich jedoch Zeit und Ort der Rückgabe im Zweifel nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag.

Bei der Hinterlegung von Wertpapieren ist eine Vereinbarung der im Abs. 1 bezeichneten Art nur gültig, wenn sie ausdrücklich getroffen wird.

E. I 618, E. II 640, RB. 687. — Mot. 576—8, Prot. II S. 395—9.

Literatur: Riemeyer, Depositum irregulare 1889; v. Schey, Obligationsverhältnisse S. 55 ff., S. 281 ff., Dissert. von Brandau, Erlangen 1899, Fränkel das. 1899, Donner, Greifswald 1902.

1. **Allgemeines:**

a) § 700 behandelt den Fall des sogen. **depositum irregulare,** wo vertretbare Sachen zur Verwahrung gegeben werden in der Weise, daß das Eigentum der gegebenen Stücke auf den Empfänger übergehen, und nicht gerade diese selbst, sondern eine entsprechende Quantität derselben Art zurückgegeben werden soll. Nach der bisherigen Auffassung lag in diesem Vertrag eine, allerdings besonders geartete Unterart des depositum und nicht, wie einzelne annehmen, ein Darlehen, von dem er sich vielmehr in der wirtschaftlichen Zweckbestimmung wesentlich unterscheidet: das Darlehen wird im vorwiegenden Interesse und daher in der Regel auf

Initiative des Empfängers, das irreguläre Depot in dem Interesse und auf Anregung des Nehmers eingegangen. Darum werden auch bei diesem Geschäft keine Darlehenszinsen, sondern wegen der steten Rücknahmemöglichkeit höchstens niedrigere Depositalzinsen gezahlt. So auch Dernburg, Pand. II § 93 No. 2, Windscheid § 379 und vorzüglich v. Schey aaO. Dagegen ohne durchschlagende Gründe Niemeyer aaO. Das ist wohl auch der Standpunkt des Landrechts, trotzdem es unser Geschäft nicht besonders erwähnt, Dernburg, Privatrecht II § 211 a. E., a. A. Mot. S. 576, Entsch. des RG. 11 Nr. 73 S. 322.

b) Auch für das BGB. wird man die Selbständigkeit des irregulären Verwahrungsvertrages gegenüber dem Darlehen anzunehmen haben. Freilich sollen nach Abs. 1 darauf die Vorschriften über das Darlehen Anwendung finden, indes:

α) Dies **nicht ausnahmslos**, vielmehr bestimmen sich nach Satz 3 Zeit und Ort der Rückgabe — praktisch wohl die bedeutsamsten Punkte — im Zweifel nach den Regeln des Verwahrungsvertrages.

β) Das Geschäft wird in dem, dem Verwahrungsvertrag gewidmeten, zwölften Titel behandelt; auch **sagt das Gesetz nicht, daß es Darlehen sei, sondern nur, daß es dessen Regeln — zum Teil — unterstehe.**

γ) Endlich könnte das BGB. solche konstruktionellen Fragen schwerlich durch ein Machtwort erledigen; seine Verfasser wollten es aber auch nicht, waren vielmehr Anhänger der hier vertretenen Theorie, s. Prot. S. 397.

Derselben Ansicht sind Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 464, System § 277 Anm. 1, Dernburg § 351, I, 1, 3, Enneccerus S. 716, Kipp-Windscheid S. 568, Matthiaß S. 617 Anm. 1, Engelmann-Staudinger Nr. 1b. Für ein Darlehen erklären das Geschäft dagegen Cosack § 154, VI, 3, Kuhlenbeck, V. d. Pand. z. BGB. II S. 219, für ein „gemischtes Geschäft" Endemann § 185 Anm. 29, Planck Nr. 1, jetzt auch Schollmeyer S. 136 (Aufl. 1 S. 38 für die Darlehenstheorie), der von einem „Hinterlegungsdarlehen" spricht.

2. Nicht jede Hingabe von vertretbaren Sachen zur Verwahrung stellt ein irreguläres Depot dar; damit es eintrete, muß vielmehr noch eine **besondere Abrede über den Eigentumsübergang** ausdrücklich oder (argumentum Abs. 2) stillschweigend der Hingabe beigefügt werden. Mangels einer solchen behält es bei den Regeln der §§ 688 ff. sein Bewenden. S. wegen dieser beiden Möglichkeiten l. 24 D. 16, 3, l. 31 D. 19, 2, auch Erk. bei Seuffert 52 Nr. 231 S. 408.

Denkbar ist aber auch **ein mittleres**: dem Verwahrer wird nicht von vornherein das Eigentum übertragen, ihm aber gestattet, die Sachen sich nach seinem Belieben, oder erst nach Eintritt eines sonstigen, davon unabhängigen Ereignisses, anzueignen und zu verbrauchen. Auch dieser Fall, den man als alternativ-irregulären Verwahrungsvertrag bezeichnen kann, ist bereits in den Römischen Quellen behandelt, s. ll. 7 § 2, 29 § 1 h. t., l. 24 § 2 D. 42,5. Nunmehr erwähnt ihn auch das BGB. in Satz 2. Es sollen darauf die Regeln des Darlehens in der unter Nr. 1 mitgeteilten Beschränkung von dem Momente der Aneignung ab Anwendung finden. Eine Anzeige an den Gläubiger wird zum Eintritt des Eigentumsüberganges und der Geschäftsumwandlung nicht verlangt, doch kann der Schuldner vertragsmäßig zu ihr verpflichtet sein. S. über das Verhältnis dieses Geschäftes zum Darlehen v. Tuhr, DJZ. **01** 446.

Der Eigentumsübergang vollzieht sich hier durch sogen. traditio brevi manu, § 929 Satz 2. Damit geht auch die Gefahr der hinterlegten Stücke auf den Verwahrer über. Zweifelhaft kann scheinen, ob der Hinterleger die in dem Vertrage enthaltene Aneignungserlaubnis bis dahin, wenigstens mit dinglicher Wirkung, widerrufen könne. Die Frage ist im allgemeinen zu bejahen (so Goldmann-Lilienthal S. 719 unter zutreffender Berufung auf § 696 gegen meine Aufl. 1). Doch kann, und wird häufig, der Hinterleger sich in Fällen dieser Art zur Belassung verpflichtet haben, und alsdann nach Analogie von § 956 Abs. 1 Satz 2 die Verneinung der Frage kaum einem Zweifel unterliegen. Freilich wird in solchen Fällen wohl meist ein mit dem Verwahrungsvertrag verbundenes pactum de mutuo dando anzunehmen sein, Goldmann-Lilienthal aaO. — wichtig wegen Zeit und Ort der Rückgabe (oben 1bα und unten 3).

Auch sonst kann „die Erlaubnis, von dem deponierten Gelde Gebrauch zu machen, in der Absicht erteilt werden, um dem Empfänger ein Darlehen zu verschaffen", Windscheid § 379 No. 6; s. auch Landrecht aaO. § 83.

3. Die Bedeutung von Satz 1 (s. oben Nr. 2) liegt darin, daß der Erfüllungsort für die Rückgabe auch beim irregulären Depositum am Verwahrungsorte ist (§ 697); daß der Hinterleger sofort und ohne Kündigungsfrist zurückfordern kann, der Verwahrer mangels eines wichtigen Grundes erst nach Ablauf der für die Aufbewahrung bestimmten Zeit (§§ 695—6). Es handelt sich dabei aber nur um eine Auslegungsvorschrift („im Zweifel").

Der Römische Satz, wonach auch gegen die Forderung aus dem depositum irregulare **keine Kompensation** am Platze war, ist hier ebensowenig wiederholt, wie bei der echten Verwahrung; doch kann die Aufrechnung durch ausdrückliche oder stillschweigende Parteiabrede ausgeschlossen werden, Prot. S. 398—9.

4. **Abs. 2**: Die Abrede über den Eigentumsübergang muß in einem Fall stets **ausdrücklich**, d. h. mit besonderen darauf abzielenden unzweideutigen Worten, getroffen sein: bei Hinterlegung von Wertpapieren; s. über deren Begriff Vorbem. vor § 793. Der Grund dieser Ausnahmebestimmung ist ein sozialpolitischer; sie soll eine Schutzmaßregel gegenüber der Berufung vieler Bankiers auf einen ihnen die Aneignung der hinterlegten Papiere gestattenden Geschäftsgebrauch bilden, Prot. S. 396. Übrigens findet sie nicht nur gegenüber Banken, sondern auch Privatleuten Anwendung.

S. auch RG. vom 5. VII. 1896 betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere.

Dreizehnter Titel.

Einbringung von Sachen bei Gastwirten.

Vorbemerkung.

Literatur: s. die bisherigen Arbeiten bei Dernburg II Pandekten § 39 No. 1 und § 37 No. 7.

Neuere: Langen, Die privatrechtliche Stellung der Wirte und der Gastaufnahmevertrag, 1902; Sturm, Einbringung von Sachen bei Gastwirten, 1900; Langsdorff DJZ. 03 334 ff. (über Haftung der Restaurateure).

1. **Allgemeines; bisheriges Recht**: Schon die Römer unterwarfen die **Wirte** (caupones), neben ihnen die nautae und stabularii einer **besonderen strengen Haftung**, indem sie nach prätorischem Edikt (s. tit. Dig. 4,9) auch ohne nachweisbares Verschulden für Rückgabe der bei ihnen eingebrachten Sachen unbedingt einzustehen hatten, und sich davon nur befreien konnten durch den Nachweis einer **höheren Gewalt (vis maior)** oder eines eigenen Verschuldens der Reisenden. S. die Begründung dieses sozialen Schutzgesetzes in l. 1 § 1 h. t.

Diesem Vorgang ist fast die gesamte spätere Gesetzgebung gefolgt. So das Landrecht II, 8, §§ 444 ff., der Code Art. 1952—4, das SächsGB. §§ 1280—90. Auch das BGB. steht auf demselben Standpunkt. Freilich trifft der von den Römern geltend gemachte Grund einer Kollusionsgefahr mit verbrecherischem Gesindel gegenüber unserem Gastwirtstande als solchem nicht mehr zu, dafür rechtfertigt sich aber heutzutage die strengere Haftung durch die Erwägung, daß der Wirt, der seinen oft komplizierten und mit gewissen Gefährdungen der Gäste verbundenen Betrieb im eigenen Interesse ausnutzt, auch für die dadurch hervorgerufenen Schädigungen als Passiva des Betriebes aufzukommen hat (Mataja, Unger). Daneben auch durch den Beweisnotstand des Gastes (Exner): er wäre ohne die strengere Haftung „häufig, da er nach den obwaltenden Umständen von allen Einzelheiten des inneren Wirtschaftsbetriebes und des betreffenden Vorfalles nicht unterrichtet ist, außer stande, die spezielle Pflichtversäumnis aufzudecken und mittels Gegenbeweises darzutun", Mot. S. 585.

Immerhin hat das BGB. das römische Institut sehr modifiziert. Einmal im Umfang: der Titel bezieht sich nur auf die Haftung der Gastwirte, nicht auf die der nautae und stabularii. Für diese gelten die allgemeinen Regeln, soweit sie nicht unter die sonstige Spezialgesetzgebung fallen. Durch solche ist besonders geregelt die Haftung

für den Land- und Seefrachtverkehr, s. HGB. §§ 425—73, 555—678; für die Binnenschiffahrt RG. vom 15. VI. 1895, §§ 26—77; s. auch RPostG. vom 28. X. 1871, § 6.

Nicht minder ist die Haftung der Gastwirte intensiv ermäßigt, nicht nur durch die Beschränkungen in § 701 Abs. 1 Satz 2, sondern vor allem durch den in zweiter Lesung eingefügten § 702, s. Bem. dazu.

2. Dagegen kommt es für die Haftung der Gastwirte nicht darauf an, **auf Grund welches der verschiedenen Vertragsverhältnisse**, in die das reisende Publikum mit ihnen treten kann, die Aufnahme im einzelnen Falle vollzogen ist (s. auch Windscheid § 384 No. 7): Miete, Verwahrungsvertrag, Auftrag. Meistens wird es sich freilich um erstere handeln, aber durchaus nicht immer, s. namentlich die Fälle in § 701 Abs. 2. Auch eine unentgeltliche Aufnahme des Gastes kann an sich die Haftung nicht abwenden (so auch ll. 3 § 1, 6 pr. D. h. t.), sofern nur die sonstigen Voraussetzungen vorhanden sind, s. gleich unten.

Erfordert wird dagegen:

a) Daß der Haftende **wirklicher Gastwirt** ist, nicht bloß Restaurateur oder dergl., s. Bem. 1 zu § 701.

b) Daß er den Gast **aufgenommen** hat, also doch wohl durch irgend einen privatrechtlichen Vertrag. Wer ohne Aufnahme im Gasthofe nächtigt, etwa ein vom Personal aus Mitleid auf den Heuboden gewiesener Handwerksbursche, kann sich nicht auf die Vorschriften berufen, ebensowenig eine in das Haus gelegte Einquartierung.

c) Daß der Betreffende **als Gast** aufgenommen ist. Das Personal des Gastwirtes kann sich also nicht auf die Haftung stützen, ebensowenig mit Reparaturarbeiten im Gasthause beschäftigte Handwerker.

d) Daß die Aufnahme „**im Betriebe des Gewerbes** erfolgt ist". Darum scheiden die vom Wirt zum Besuch eingeladenen Verwandten und Freunde aus. Dagegen ist Gewerbsmäßigkeit nicht identisch mit Entgeltlichkeit: der umsonst aufgenommene arme Student oder Führer einer Gesellschaftsreise kann sich auf die Bestimmungen des Titels sehr wohl berufen.

Dabei muß der Gast im Betriebe gerade **dieses**, d. h. **des Beherbergungsgewerbes**, aufgenommen sein; die Haftung greift also nicht Platz gegenüber den Mittagsgästen eines Hotels, die nicht dort wohnen. Dagegen ist Übernachten nicht erfordert, z. B. man läßt sich ein Zimmer nur zum Ausruhen für einige Stunden geben.

3. Zweifelhaft ist die **Rechtsnatur der Haftung**.

a) Nach vielen ist sie eine vertragsmäßige, weil nur auf Grundlage eines irgendwie gearteten Hauptvertrages, wennschon nicht erst mittelst einer besonderen Abmachung eintretende. So meine Aufl. 1, ferner Planck, Vorbem. I, Engelmann-Staudinger zu § 701, V, in besonderer Ausprägung Langen S. 23 ff.: der Grund liegt im Gastaufnahme- oder Beherbergungsvertrag, der aber eigentlich kein besonderer Typus ist, sondern nur ein Sammelname für alle möglichen Verträge, materiell meist, aber keineswegs immer, einen Mietvertrag darstellen wird, S. 32–4. Durch Verbindung mit der besonderen Haftung wird der wie immer sonst beschaffene zum Gastaufnahmevertrag.

b) Andere, wie Enneccerus S. 717, führen die Haftung auf einen **neben** dem Hauptvertrag herlaufenden besonderen Übernahmevertrag zurück.

c) Viele reden von einer gesetzlichen Haftung, indem das Gesetz an die Tatsache der Einbringung oder Übergabe an die Leute des Wirts die Haftung anknüpft. So Dernburg § 353 VI, Crome § 278 a. A., Fischer-Henle No. 2, Schollmeyer S. 137, Sturm, jetzt auch Endemann § 186 Anm. 7, s. auch schon Goldschmidt, ZHR. III S. 64 Anm. 10.

Dieser Theorie glaube ich jetzt beitreten zu sollen. Allerdings wird die Vertragsnatur der Haftung nicht dadurch widerlegt, daß das Gesetz sie ausspricht — dieses regelt auch sonst oft vorsorglich die Haftung der Kontrahenten, z. B. bei Kauf und Miete, ohne ihr damit die Vertragsnatur zu rauben. Die entscheidende Frage ist vielmehr, ob die Haftung der §§ 701 ff. sich nur auf einen Vertrag als unumgängliche Grundlage stützen kann, oder auch ohne solche selbständig eintritt. Und das muß in letzterem Sinne beantwortet werden. Der in § 701 unterstellte Tatbestand ist durchaus nicht immer Vertrag, besonders nicht in den Fällen des Abs. 2 („oder nach den Umständen . . ."), wo vielfach ein Gastaufnahme- oder ein besonderer Übernahmevertrag weder durch den Wirt noch durch einen von ihm Bevollmächtigten geschlossen ist. Auch der von Enneccerus vorgeschlagene Sondervertrag neben dem Hauptvertrag würde diese Fälle nicht erklären, wenn er auch vielleicht für die der

Meinung zu a) unerklärlichen Fälle ausreichen würde, wo es nach Übergabe der Sachen an die dazu bestellten Leute zu einer endgültigen Gastaufnahme — etwa wegen Überfüllung des Gasthofes oder mangelnder Einigung über den Preis — zu einer definitiven Gastaufnahme nicht kommt.

Ist das richtig, so kann auch der Begriff „Aufnahme" im Sinne des Abs. 1 nur im Sinne einer Tatsache verstanden werden, von einem besonderen Geschäftswillen der Beteiligten dabei oder auch nur ihrer Geschäftsfähigkeit ist sie nicht abhängig; so auch Dernburg aaO.

Immerhin ist der die Haftung begründende Tatbestand dem Realvertrag der Verwahrung ähnlich — daher die benachbarte Stellung im System. Sie ist vielleicht als quasikontraktlich zu bezeichnen und beruht keinenfalls auf einer unerlaubten Handlung, sodaß die Verjährung die dreißigjährige (§ 195) ist, nicht die dreijährige aus § 852.

4. Die Haftung stellt **nachgiebiges Recht** dar, weicht einer anderweiten Abrede. Nur eine **einseitige Ablehnung** des Wirtes ist wirkungslos, § 701 Abs. 3, d. h. sie kann weder aus eigener Kraft die Haftung ausschließen, noch auch nur als wirksames Angebot an den Gast zum Abschluß eines Ausschließungsvertrages gewertet werden, das dieser etwa durch Stillschweigen annimmt, Goldmann-Lilienthal S. 723. Übrigens kann die Abänderung nach allgemeinen Grundsätzen vollzogen werden, ausdrücklich oder stillschweigend, sofort oder nachträglich. Kündigt z. B. der Wirt dem Gaste das Zimmer, falls er nicht auf die Haftung verzichte, und der Gast bleibt wohnen, so wird darin eine stillschweigende Einwilligung in das Ansinnen zu finden sein.

5. Das Verhältnis des Wirtes zu seinen Gästen ist allerneuestens in anderer Richtung Gegenstand der Erörterungen geworden; hinsichtlich der Frage, wieweit er für Beschädigungen der Gäste hafte, die durch Benutzung der Zu- oder Ausgänge des Wirtslokals oder anderer darin angebrachter Veranstaltungen (Schaukel, Karussell, Aborte) körperlich beschädigt sind. §§ 701 ff. sind auf solche Fälle weder direkt noch entsprechend anwendbar. Daß übrigens dabei eine vertragsmäßige Haftung (wichtig u. a. wegen Anwendbarkeit des § 278) vorliegen **kann**, ist zweifellos; zu den Vertragspflichten des Wirtes gehört auch eine verkehrsmäßige Instandhaltung solcher Einrichtungen, die für den Gebrauch der Gäste erforderlich oder doch tatsächlich dafür angebracht sind. Aber wie, wenn der Verletzte in einem besonderen Vertragsverhältnis zum Wirte gar nicht stand? Z. B. er kam auf dem Wege zur Wirtsstube, wo er erst Bestellungen machen wollte, zu Fall; er benutzte als Vorübergehender Schaukel, Stühle, Abort usw.? Hier wird sich schwerlich ein Vertrag, geschlossen durch Aufstellung und Benutzung der fraglichen Veranstaltungen, konstruieren lassen; die etwaige Haftung kann nur auf unerlaubte Handlung zurückgeführt werden, wobei auch § 254 in Betracht zu ziehen ist, insbesondere bei unrechtmäßiger Benutzung der Lokalitäten. S. zu den hier berührten Fragen ausführlicher Brückner, Recht 05 329 ff., Schmölder, DJZ. 05 829 ff. und die Praxis bei Warneyer zu § 823, XI.

§ 701.

Ein Gastwirt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, hat einem im Betriebe dieses Gewerbes aufgenommenen Gaste den Schaden zu ersetzen, den der Gast durch den Verlust oder die Beschädigung eingebrachter Sachen erleidet. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Schaden von dem Gaste, einem Begleiter des Gastes oder einer Person, die er bei sich aufgenommen hat, verursacht wird oder durch die Beschaffenheit der Sachen oder durch höhere Gewalt entsteht.

Als eingebracht gelten die Sachen, welche der Gast dem Gastwirt oder Leuten des Gastwirts, die zur Entgegennahme der Sachen bestellt oder nach den Umständen als dazu bestellt anzusehen waren, übergeben oder an einen ihm von diesen angewiesenen Ort oder in

Ermangelung einer Anweisung an den hierzu bestimmten Ort gebracht hat.

Ein Anschlag, durch den der Gastwirt die Haftung ablehnt, ist ohne Wirkung.

E. I 626, E. II 641, RV. 688. — Mot. S. 584—7, Prot. II S. 402—4, 413—5, DS. 127—8.

Das in der Vorbemerkung Gesagte ist hier in verschiedenen Beziehungen genauer auszuführen.

1. Die Haftung trifft den **Gastwirt**, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt. Also nicht den bloßen Restaurateur, Wein- oder Bierwirt wegen der von seinen Gästen mitgebrachten Garderobe oder sonstigen Gegenstände. Auch die im Einzelfalle (z. B. bei Ueberfüllung der Gasthäuser) bei ihnen ausnahmsweise wohnenden Fremden genießen nicht den Schutz des § 701, da und soweit damit keine Gewerbsmäßigkeit der Beherbergung gegeben ist. Ebensowenig haften die bloßen Stallwirte (OLG. Königsberg bei Seuffert 59, Nr. 253, S. 440, OLG. Dresden, Rspr. V, S. 145, OLG. Stuttgart, DJZ. **04** 176) und die, wenn schon gewerbsmäßigen, Zimmervermieter (anders eigentliche Pensionen, unten d), sowie die Badeanstaltsbesitzer, s. OLG. Hamburg in Rspr. VI, S. 443. Wegen der Verantwortlichkeit der nicht unter § 701 fallenden Wirte s. Langsdorff aaO. und Vorbem. Nr. 5.

Dagegen verschlägt es natürlich nichts, daß der Wirt in Verbindung mit dem Gasthaus ein (auch für die Bedienung der Hotelgäste bestimmtes) Restaurant betreibt, und der Verlust sich in diesem ereignet.

In einigen Fällen ist die Entscheidung zweifelhaft:

a) Sind die **Sektionen des Alpenvereins** „Gastwirte" bezüglich der von ihnen unterhaltenen Hütten? Ich möchte es für die bewirtschafteten Hütten annehmen; daß der Betrieb nicht auf Überschüsse berechnet ist und sie schwerlich erzielt, kann das Moment der Gewerbsmäßigkeit kaum für sie ausschließen. Anders Staudinger II, 2c. Zweifellos ist natürlich, wenn die Hütte von einem Pächter auf eigene Rechnung bewirtschaftet wird, dessen Haftung.

Dagegen bei den unbewirtschafteten Hütten fehlt es offenbar an dem Moment der „Aufnahme" der Gäste; auch innere Gründe sprechen hier für Verneinung der Frage.

b) Für die **Schlafwagengesellschaften** wird die Frage von Fuld, Mietrecht S. 263—5, DJZ. **00** 227 mit guten Gründen gleichfalls bejaht, er vergleicht sie mit reisenden Gastwirtschaften. Ebenso Enneccerus S. 718, Jacubezky Bem. S. 144, Planck Vorbem. III. Anders freilich die meisten, so Brückner, Recht **02** 305, Crome § 278 Anm. 3, Dernburg § 353 Anm. 4, Langen S. 6, Mittelstein, Miete S. 25—6, Staudinger II, 2aγ (anders Aufl. 1). Gegen die Haftung spricht nicht, daß die Gesellschaften Kontrahierungszwang haben, ihre Preise fest tarifiert sind — beides kann auch bei anderen Wirten vorkommen! Daß es sich hier nur um Transportvertrag, nicht um Miete handle, ist zu bestreiten — vielmehr ist jenem ein besonderer Vertrag, charakteristischerweise mit einem andern Kontrahenten, hinzugefügt. Ebensowenig kann man sich auf den unsicheren Sprachgebrauch berufen.

Andererseits fehlt es nicht an Gewerbemäßigkeit des Betriebes, an Kontrollmöglichkeit durch das Personal. Die rechtspolitischen Gründe der Sonderhaftung treffen Punkt für Punkt auch in dem hier streitigen Fall zu.

c) Das gleiche gilt von Kajüten der Dampfer, die man ganz zutreffend auch sonst mit „schwimmenden Hotels" zu vergleichen liebt.

d) Auch bei **Familienpensionen** wird die Entscheidung nicht anders ausfallen können; alle Momente des § 701 treffen bei ihnen zu. So auch Fuld aaO., der freilich auf eine entgegenstehende Entscheidung des französischen Kassationshofes hinweist.

2. Die Haftung trifft den Wirt wegen der Sachen **des im Gewerbebetrieb aufgenommenen Gastes**. Darüber s. das in der Vorbem. 2 Gesagte.

3. Sie trifft ihn wegen des dem Gaste durch Verlust oder Beschädigung **eingebrachter Sachen** erwachsenden Schadens.

a) **Begriff der eingebrachten Sachen:** α) Welche Sachen — im Sinne von § 90 — eingebracht seien, läßt sich im allgemeinen unschwer feststellen. Es gehören dahin nicht nur die Sachen, die der Gast bei seiner Aufnahme ins Gasthaus mitbringt, später dorthin

schafft oder senden läßt, sei es durch einen Vertreter oder ein Geschäftshaus, bei dem er sie etwa eingekauft hat. Ob er er sie am Leibe bei sich trägt oder nicht, ist einerlei. So auch Langen S. 50, anders Crome § 278 Anm. 17. Ich sehe für eine unterscheidende Behandlung nicht den mindesten Grund. Man denke an nächtliche Diebstähle: soll der Wirt haften, wenn mir mein auf dem Nachttisch liegendes, nicht haften, wenn mir das um den Hals geschlungene Geldtäschchen entwendet wird? Weder Wortlaut noch Sinn des § 701 berechtigen uns dazu, den Kreis der „eingebrachten" Sachen derart einzuschränken. Rechtspolitisch wäre es, auch im Interesse der Wirte selbst, verfehlt, im Reisenden Motive wachzurufen, die sicherere Verwahrung am Leibe mit einer minder sicheren, im Koffer usw., zu vertauschen. Daß es sich um Reisepepäck handelt, kann man ebensowenig erfordern, wie daß der Wirt oder seine Leute von der Einbringung gerade dieses Stückes Kenntnis haben.

β) (Abs. 2): Der Kreis wird noch wesentlich erweitert dadurch, daß nach Abs. 2 gewisse, noch nicht eigentlich eingebrachte Sachen doch als eingebracht gelten sollen. Auch schon eine Übergabe der Sachen an der Bahn oder Post in den Hotelwagen oder sonst an die Leute des Gastwirtes soll zur Anwendung der Bestimmung genügen; so auch schon für das Gem. Recht RG. 1 Nr. 36 S. 82ff.

Dies allerdings nur, wenn der Gast zugleich „aufgenommen" ist, denn von diesem Erfordernis macht auch Abs. 2 keine Ausnahme. Das wird oft bereits geschehen sein, etwa auf Grund von Vorausbestellung des Zimmers, oder zugleich in einem Akt durch Vertrag mit den vielfach dazu bevollmächtigten Bediensteten des Gasthofes geschehen. Wie aber, wenn die Frage der Aufnahme noch nicht erledigt ist — der Empfangnehmer der Sachen ist zur Bestimmung darüber nicht legitimiert, die Platz- oder Preisfrage ist noch nicht erledigt usw.? Die Anwendung des § 701 ist nach dem Wortlaut nicht zweifellos; die aus Abs. 1 hervorgehenden Bedenken schwinden auch dann nicht, wenn man sich (s. Vorbem. 3) zur Annahme einer gesetzlichen Haftung entschließt. Denn Abs. 1 erfordert, wenn auch nicht einen Aufnahmevertrag, so doch eine Aufnahme als tatsächlichen Akt. Auch mit der Annahme eines „provisorischen Aufnahmevertrages vorbehaltlich endgültiger Einigung" (so meine Aufl. 1, ebenso wohl Mot. S. 578) wird man schwerlich durchkommen, ebensowenig mit Langens (S. 45) Unterstellung einer stillschweigenden Zusage, die übernommenen Sachen sollten einstweilen wie die eines aufgenommenen Gastes behandelt werden.

Ist doch Abs. 2 auch auf solche „Leute" des Gastwirts anzuwenden, die gar nicht zur Entgegennahme der Sachen bestellt, ja denen diese vom Wirt vielleicht sogar direkt **verboten** ist! Eine „stillschweigende Zusage des Wirtes wäre hier doch nichts als eine bare Fiktion!

Soll Abs. 2 nicht zur Inhaltlosigkeit herabgedrückt werden, so bleibt vielmehr nur die Annahme möglich, daß in den darin bezeichneten Fällen das Erfordernis der Aufnahme entsprechend **abgemildert** wird, wie das der Einbringung: es genügt hier Übergabe der Sachen zum Zweck der **bevorstehenden, versprochenen, erwarteten, zu erbittenden Aufnahme**. Das mag den Wortlaut nicht für sich haben, entspricht aber desto sicherer der Eigenart der Fälle, auf die Abs. 2 gemünzt ist. Enger Staudinger Nr. III, 1, ähnlich wie hier Planck Nr. 2a.

Zu den **„Leuten" des Gastwirts** im Sinne dieses Absatzes sind nicht nur Angestellte, sondern auch seine Familiengenossen zu rechnen, wenn diese im Gewerbebetriebe in solcher Art mitwirken.

Auf die **wirkliche Anstellung** kommt es **nicht** an, sofern nur die Umstände so waren, daß der Gast die Person **als zur Empfangnahme bestellt ansehen durfte**. Ob die Tatsachen dem äußeren Anschein entsprechen, muß und kann der Gast eben nicht untersuchen. Anders natürlich, wenn der Empfangnehmer sich überhaupt nur fälschlich für einen der „Leute" des Gasthauses ausgegeben hatte — dafür kann der Wirt nicht aufkommen.

γ) Daß der Reisende **bereits eingetroffen ist**, wird jedenfalls **insoweit nicht erfordert werden dürfen**, als der Wirt dem Gast die demnächstige Aufnahme bereits bindend versprochen hat. Auch wegen vorausgesandten Gepäcks ist alsdann die Haftung begründet. So auch Langen S. 49. Ebensowenig macht es einen Unterschied, wenn der Gast — auf kürzeren oder selbst längeren Ausflügen — vom Gasthause abwesend ist. Anders aber, wenn er bereits endgültig abgereist ist und sein Verhältnis zum Wirt gelöst hat — wegen der dann zurückgebliebenen, etwa nachzusendenden, Sachen haftet dieser nur nach den gewöhnlichen Regeln der Verwahrung oder des Auftrages. So auch Fischer-Henle No. 5, Staudinger Nr. III, 4, 6, anders

freilich Crome § 278 bei Anm. 18—9, Dernburg § 353, II, 2, Planck Nr. 5 (aber nur auf Grund einer zu unterstellenden stillschweigenden Vereinbarung). Aber auch die Gegner müssen meist (so Crome, anders freilich Kipp S. 582) bei vergessenen Sachen eine Ausnahme machen; es wäre schlechthin unerträglich, wenn die Nachlässigkeit des Gastes den Wirt mit einer in ihrer Dauer unabsehbaren Haftung belasten könnte! Schließt aber der Gast mit dem Wirt über die weitere Behandlung der zurückgelassenen Sachen einen besonderen Vertrag, so untersteht das Verhältnis fortan dessen Regeln, nicht mehr denen der Gastaufnahme. Es kann sich nur fragen, wann ein solcher anzunehmen ist und wann es sich nur um Maßnahmen handelt, die mit der Gastaufnahme bezw. Einbringung in unmittelbarem, innerem Zusammenhang stehen. Zu letzteren gehört sicherlich der Fall, wenn das Gepäck nur stehen bleiben soll, bis es von einem Spediteur geholt wird, aber schwerlich der, wenn der Wirt die demnächstige Versendung selbst versprochen hat — das sind besondere Gefälligkeiten, die keineswegs mit der Gastaufnahme als notwendig oder selbstverständlich verbunden erscheinen. — Die Haftung fällt auch weg bei den Sachen, die ein Angestellter des Wirts im Auftrage des Gastes an einen dritten Ort zu besorgen hat, ROHG. 11 Nr. 108 S. 344, aber wohl kaum bei denen, die bei der Abreise des Gastes zur Bahn befördert werden. Dies nehme ich nach Analogie von Abs. 2 an.

b) **Eigentümer** der eingebrachten Sachen braucht der Gast nicht zu sein; es genügt ein berechtigtes Interesse an ihnen, s. l. 1 § 7 D. 4, 9; Langen S. 49.

c) Was **Beschädigung** der Sachen sei, bedarf hier keiner näheren Untersuchung; es dürfte jede körperliche, ihren Wert oder ihre Substanz nachteilig beeinflussende Einwirkung dahin gehören. Schwieriger ist die Bestimmung dessen, was **Verlust** sei; s. dazu Brückmann ArchBürgR. 23 327, 338 ff., 359, Langen S. 37—8 und oben Bem. 4 zu § 255.

Brückmann (ähnlich auch Langen) verficht zutreffend einen subjektiven Verlustbegriff. Besitzverlust ist nicht schlechthin entscheidend, ebensowenig wird spurloses Verschwinden erfordert (z. B. man weiß, daß ein bestimmter dritter mit den Sachen durchgebrannt ist). Vielmehr muß eine Situation geschaffen sein, die nach der normalen Entwickelung der Dinge an Wiedererlangung nicht erwarten läßt. Der Wirt kann dann natürlich die Rechte aus § 255 geltend machen.

4. **Umfang, Wegfall der Haftung**: Soweit die Haftung nach dem Gesagten begründet ist, greift sie unabhängig vom Verschulden des Wirts und seiner Leute durch. Auch ein nachweisbares Verschulden anderer Gäste oder sonstiger dritter wird nicht erfordert, der Wirt haftet vielmehr auch für Unfälle unbekannter Provenienz. Jedoch erleidet das nach drei Richtungen **Ausnahmen**:

a) wegen eines **nachweisbaren Verschuldens** seiner selbst oder seiner Leute, soweit er es nach § 278 zu vertreten hat, haftet der Wirt nach den allgemeinen Grundsätzen, also ohne daß die Besonderheiten des vorliegenden Titels zu seinen Gunsten in Betracht kämen.

b) Die Haftung aus § 708 kann **abgemildert und erlassen werden**, vorbehaltlich der Beschränkung in Abs. 3, s. auch Vorbem. 4. Da der Anschlag des Wirtes, durch den er die Haftung ablehnt, „ohne Wirkung“ ist, erscheint er auch nicht als genügende Grundlage für eine, etwa in stillschweigender Unterwerfung darunter zu findende, Annahme durch den Gast.

c) Der Wirt kann sich von der an sich vorhandenen Haftung durch die in Nr. 5 näher zu erörternden Einwendungen befreien, deren Beweislast ihn natürlich trifft.

5. **Insbesondere die Ausnahmen des Satzes 2**: Die Haftung tritt nicht ein, wenn der Schaden:

a) **von dem Gaste**, von einem **Begleiter** desselben (z. B. Diener, Familienglieder) oder einer **von ihm** — wenn auch vielleicht nur für wenige Augenblicke — **aufgenommenen Person** (z. B. Freunde, die er zu sich lädt, Austräger eines Geschäftes, die ihm bestellte Waren überbringen) **verursacht wurde**.

Auf **Verschulden** dieser Personen kommt es dabei überall nicht an, sondern nur auf das objektive Moment der **Verursachung**: auch das Verhalten eines Kindes des Gastes, des schlaftrunkenen oder epileptischen Gastes selbst kann also die Haftung ausschließen. Über den Begriff der Verursachung s. Vorbem. 4 vor §§ 249—54. Dahin würde z. B. auch der Fall gehören, daß der Gast im Speisesaal oder Restaurationszimmer des Gasthauses Wertsachen oder Briefe liegen läßt, und diese dann verschwinden, so richtig OLG. Köln 30. IX. 03, Rspr. VIII S. 79.

Dagegen soll die Haftung nicht entfallen, wenn dem Gast aus einem verschlossenen Reisekorbe Wertsachen entwendet wurden, auch wenn er Tür und Fenster seines (Parterre-) Zimmers nicht verschlossen hatte, OLG. Stettin in Rspr. VI S. 443. Denn er brauchte nicht damit zu rechnen, daß der Korb erbrochen oder sonst unbefugt geöffnet werden würde. Anders wäre aber m. E. in der Regel zu entscheiden, wenn der Gast wertvolle Sachen — nicht nur gewöhnliche Bekleidungsstücke, Reisehandbücher u. dergl. — im unverschlossenen Zimmer zurückläßt, während das Offenstehenlassen der Fenster innerhalb angemessener Zeit, schon weil hygienisch notwendig, dem Gaste nicht ohne weiteres zur Last gerechnet werden kann.

b) durch die **Beschaffenheit der Sachen** entsteht, z. B. die eingebrachten Eßwaren werden trocken oder faulig. Auch hier ist wieder die Kausalität entscheidend: bot die Natur der Sachen nur die äußere Bedingung dar, unter der die sonstigen, vom Wirt zu vertretenden Umstände wirken konnten (z. B. in dem feuchten Zimmer verderben die Zigarren des Gastes), so tritt die Haftung ein. Andererseits brauchen nicht gerade die beschädigten Sachen den Schaden verursacht zu haben, sondern nur Sachen des Gastes überhaupt.

c) Durch **höhere Gewalt** entsteht. Diese Ausnahme entspricht bereits dem Römischen Recht und ist von dort überall übernommen. Jedoch ist der Begriff der höheren Gewalt **ungemein bestritten**, und da das BGB. zur Lösung der Streitfrage unmittelbar wenig bietet, wird dieselbe sich mit ungeminderter Heftigkeit in Zukunft fortsetzen:

α) früher war herrschend die **subjektive Theorie**, vertreten namentlich von Goldschmidt, ZHR. 3 93 ff., Dernburg in Grünhuts Zeitschr. 11 335 ff., Windscheid § 384 No. 6 und, in besonders scharfer Ausprägung (vis maior = Zufall), von Gerth in einer besonderen Schrift „der Begriff der höheren Gewalt“, 1890. Danach liegt höhere Gewalt vor, wenn vom Pflichtigen das fragliche Ereignis auch mit der äußersten, peinlichsten Sorgfalt nicht hätte abgewendet werden können; es fallen also die Ereignisse darunter, „mit denen im normalen Geschäftsgang nicht gerechnet werden konnte.“ Ähnlich auch Huber, zum Begriff der höheren Gewalt, Dissert. 1885; Stintzing, ArchZivPrax. 81 S. 462.

Für das neue Recht ähnlich Dernburg § 69, der aber jetzt das Moment eines subjektiven Vorwurfs ganz ausmerzen will, dann Endemann § 115 Nr. 3a, Kuhlenbeck Nr. 2, Meisner Nr. 2, Fischer-Henle Nr. 10.

β) Demgegenüber steht die, gleichfalls in den verschiedensten Spielarten auftretende, **objektive Theorie**. Ihr vornehmster Vertreter ist Exner in Grünhuts Zeitschr. 10 S. 497 ff. Nach ihm bilden höhere Gewalt nur die Ereignisse, die einmal in ihrem Ursprung außerhalb des Betriebskreises des fraglichen Unternehmens fallen und ferner mit solcher Wucht auftreten, daß sie die im ordentlichen Lauf des Lebens zu gewärtigenden Zufälle erheblich übersteigen.

Als etwas Objektives sehen die höhere Gewalt auch an Unger, Handeln auf eigene Gefahr S. 83 ff.: sie umfasse die äußeren, in concreto unabwendbaren Betriebsunfälle; Pernice, Labeo II S. 347 ff., Hölder, KrVJSchr. 26 S. 531 ff., Bruckner, Die Custodia S. 253 ff. (der in abstracto unverschuldete Unfall), v. Hollander, vis maior als Schranke der Haftung 1892, Fischer in Iherings Jahrb. 37 199 ff., 292 („Das typisch Unabwendbare“), im Grunde, mit freilich sehr eigentümlicher Ausprägung, auch Baron, ArchZivPrax. 78 288 ff., s. auch R. Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen S. 209 ff., M. Rümelin, Der Zufall im Recht S. 28 ff. Für die objektive Theorie sind in den letzten Jahren weitaus die meisten Schriftsteller eingetreten; zu erwähnen noch: Knauer, Höhere Gewalt, Dissert. 1901, Volkmar, Betriebsgefahr und Haftung 1900, bes. S. 44—48, Sturm aaO., die alle drei von einer Haftung des Wirts für seinen „Wirkungskreis“ oder dessen „spezifische Betriebsgefahren“ reden. Ebenso Zitelmann, Grundriß S. 172. Gegen den Zusammenhang mit den spezifischen Betriebsgefahren, aber für die objektive Theorie der höheren Gewalt überhaupt, Träger, Kausalbegriffe S. 322 ff.; er läßt haften z. B. auch für das Platzen eines Wasserrohrs, obwohl das mit jenen nichts zu tun habe.

Anhänger der objektiven Theorie sind im wesentlichen auch Brunner, Dissert. Bonn 1904, Hölder zu § 203 Anm. 2: Höhere Gewalt ist ein ungewöhnlicher Zufall, auf den man nicht gefaßt sein mußte; Crome § 110 Anm. 25: es gehören zu ihr auch innere Ereignisse, nicht minder voraussehbare, sofern sie trotz der umsichtigsten Schutzmaßregeln nicht abwendbar waren; andererseits ist nötig eine gewisse äußerlich

erkennbare Unwiderstehlichkeit; es handelt sich nicht nur um verstärkte individuelle Sorgfalt.

Für eine abgemilderte objektive Theorie auch Langen S. 79ff., 83ff., 88. Der Maßstab ist zwar objektiv, aber auch relativ; höhere Gewalt sind nicht nur von außen kommende, sondern möglicherweise auch interne Unfälle, es kommt darauf an, ob die Verschuldungsmöglichkeit des Wirtes eine ganz fernliegende ist. Vermittelnd auch Enneccerus S. 304: das Ereignis muß von außen kommen, die schädigende Wirkung durch vernünftigerweise zu erwartende Vorsichtsmaßregeln nicht vermeidbar gewesen sein.

Die Praxis stand bisher meistens auf Seite der subjektiven Theorie, so das RG., s. Annalen 1 S. 193ff., Entsch. 21 Nr. 4 S. 13ff., auch das ROHG., s. Entsch. 2 Nr. 58 S. 259, 8 Nr. 7 S. 31. Andere Entsch. des RG. (so bei Seuffert 36 Nr 180) sind neutral oder (so bei Seuffert 35 Nr. 182) stehen gar der objektiven Theorie näher, so daß von einer Einhelligkeit der Praxis im Sinne der subjektiven Lehre nicht im entferntesten geredet werden konnte.

Unter der Herrschaft des neuen Rechts setzt sich die Unsicherheit fort. Das RG. hat (ZS. VI vom 12. VI 99 Bd. 44 Nr. 9 S. 28ff. und vom 9. I. 1902 Bd. 50 Nr. 20 S. 95), allerdings zunächst für das RHaftpflG., Gedanken entwickelt, die sich mit der objektiven Theorie durchaus decken: es wird abgestellt auf die eigentümlichen, vom Betriebsführer in Rechnung zu ziehenden Betriebsgefahren. Dagegen in zwei anderen Entscheidungen desselben Senats vom 9. X. 1902, Gruchot 47 141, und vom 28. I. 1901, JW. 01 164, nähert sich das RG. anscheinend wieder mehr der subjektiven Theorie, ohne doch die objektive geradezu abzulehnen.

γ) Nach meinem Dafürhalten ist die **objektive Theorie** sowohl für das bisherige Recht wie für das BGB. die allein richtige und brauchbare. Sie kann nur für den bedenklich sein, der grundsätzlich alle Haftung allein auf Verschulden zurückführt, und diese Lehre ist durch neuere Forschungen nicht bloß allgemein überwunden, sondern auch vom BGB. so oft aufgegeben (s. z. B. §§ 122, 179, 831ff.), daß ein weiterer Fall der Haftung ohne Verschulden nichts verwunderliches hat. Der Ausdruck „höhere Gewalt", der sich im BGB. noch findet in den §§ 203 und 1996, ist nur eine, nicht unbedenkliche, aber mangels einer besseren trotz mancher Angriffe beibehaltene Formel für dieses Fehlen des Zusammenhanges zwischen den Betriebsgefahren und dem eingetretenen Schaden.

Dabei ist aber mehreres zweifelhaft:

αα) Das Verhältnis der höheren Gewalt zu den spezifischen Betriebsgefahren. Der eben entwickelte innere Grund für die Haftung scheint es zu erfordern, daß mangels Verschuldens nur für diese gehaftet wird, andere Zufälle zu jener gehören. Es ist nicht einzusehen, warum für solche Zufälle, die in dieser Art die Reisenden auch an anderer Stelle, bei sich zu Hause in gleicher Weise bedrohen, der Wirt aufkommen muß, z. B. Platzen von Wasserleitungsrohren, Kurzschluß der elektrischen Leitung. Trotzdem glaube ich (anders in Aufl. 1) mit Träger S. 322 nicht mehr solche Fälle ohne weiteres unter die höhere Gewalt einbeziehen zu dürfen. Eine derartige Einschränkung der Haftung ist dem Wortlaut des Gesetzes durchaus zuwider.

ββ) Eher möglich ist die Annahme, mit dem Haftungsausschluß bei höherer Gewalt solle die Haftung auf die Fälle beschränkt werden, wo der Unfall zwar nicht mit dem Betriebe als solchem, aber mit der Einbringung der Sachen in adäquatem Zusammenhang stehe. Daß die obigen Ausnahmen zu a—b auf diesem, wennschon dem Gesetzgeber wohl nicht zu klarem Bewußtsein gelangten Gedanken beruhen, ist in der Tat anzunehmen (so auch Träger S. 323), und manches spricht dafür, hinsichtlich der höheren Gewalt dasselbe anzunehmen. Dann würden ihretwegen alle Unfälle haftfrei bleiben, die nicht bereits durch die Einbringung generell begünstigt wurden (s. oben Vorbem. 4 vor § 249); es bliebe dagegen — so in der Tat Hölder (s. oben) — die Haftung für die nicht ungewöhnlichen Zufälle. Anders freilich Träger S. 307ff., 323: er faßt den Begriff der höheren Gewalt viel weiter und glaubt durch ihre Anerkennung einen großen Teil der mit der Einbringung in adäquatem Zusammenhang stehenden Unfälle der Haftung enthoben. Diese Auffassung ist möglich, ja sie scheint mir wenigstens für die Haftung der Eisenbahnen (Felssturz wäre sonst nie höhere Gewalt), aber auch für die aus § 701, notwendig oder doch sehr wahrscheinlich.

Die Haftung für alle durch die Einbringung generell begünstigten Zufälle wäre eine reine Kausalhaftung, die die Wirte ungebührlich belastete und den erkennbaren Zwecken des Gesetzes, sie für einen Teil der unverschuldeten Ereignisse der Haftung

zu entheben, zuwider wäre. Den Anhaltspunkt für eine einschränkende Auslegung finde ich in den Worten „im Betriebe". Muß der Gast in diesem aufgenommen sein, so liegt es von vornherein nahe, ihm auch nur die Gefahren des Betriebes abzunehmen, freilich nicht nur, wie die bekämpfte Ansicht zu aa wollte, die spezifischen, d. h. in anderweiten Betriebsarten nicht vorfindlichen Betriebsgefahren, sondern alle Betriebsgefahren überhaupt. Andere Unfälle fallen trotz adäquaten Zusammenhanges mit der Einbringung unter die höhere Gewalt, aber natürlich nur, soweit sie nicht bereits nach den sonstigen Regeln vom Wirt zu vertreten sind. Denn der Haftungsausschluß bei höherer Gewalt betrifft natürlich nur die besondere Haftung aus § 701, nicht auch die bereits ohnedies eintretende allgemeine Haftung (argumento a fortiori aus § 702 a. E.).

Es gehören somit zur höheren Gewalt nicht: Diebstähle, von innen kommendes Brandunglück, Explosionen — wohl aber Aufruhr, von außen kommende Feuersbrunst, Blitzschlag, Schießen oder Werfen in die Fenster des Gebäudes.

d) Nach alledem ergibt § 701 eine Haftung des Wirtes für alle mit der Einbringung der Sachen in adäquatem Zusammenhang stehenden Beschädigungen und Verluste, sofern sie entweder von dem Wirte nach allgemeinen Regeln zu vertreten sind oder mit dem Betriebe der Gastwirtschaft in Zusammenhang stehen (sich als Folge ihrer, nicht notwendig der ihr gerade eigentümlichen, sondern auch der in jedem anderen Betriebe vorkommenden Betriebsgefahren darstellen).

§ 702.

Für Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten haftet der Gastwirt nach § 701 nur bis zu dem Betrage von eintausend Mark, es sei denn, daß er diese Gegenstände in Kenntnis ihrer Eigenschaft als Wertsachen zur Aufbewahrung übernimmt oder die Aufbewahrung ablehnt oder daß der Schaden von ihm oder von seinen Leuten verschuldet wird.

E. I 627, E. II 642, RV. 689. — Mot. S. 588—90, Prot. II S. 404—10, D. S. 129.

1. **Allgemeines:** Während das bisherige Recht mit Ausnahme des Sächsischen den Wirt auch für die **Wertsachen** ebenso, wie für sonstige Gegenstände haften ließ, hatte der Entw. I die Haftung bei den nicht laufenden Bedürfnissen des Gastes dienenden Wertsachen überhaupt in der Art des jetzigen § 702 beschränkt. Entw. II. hat das im Anschluß an eine französische Bestimmung zweckmäßig dahin geändert, daß an Stelle jener schwer faßbaren Unterscheidung die feste Wertgrenze von 1000 Mark entscheidend sein soll. Es fallen unter den Paragraphen:

a) Geld, s. darüber §§ 245—6 und Bem. dazu,
b) Wertpapiere, s. Vorbem. vor § 793,
c) Kostbarkeiten, s. § 372 und Bem. 1 dazu.

An sich haftet auch für sie der Wirt schlechthin, aber der Anspruch des Gastes erreicht bei der festen Maximalsumme des Textes sein Ende. Und zwar ist diese nicht für den Wert der beschädigten Sachen, sondern für den Ersatzanspruch des Gastes kritisch — ist sein Interesse höher als 1000 Mark, so kann er es bis dahin liquidieren, auch wenn der Sachwert den Betrag nicht erreicht hatte. Das ergibt deutlich der Wortlaut. Waren mehrere Familienmitglieder auf Grund eines einheitlichen Vertragsverhältnisses aufgenommen, so haftet der Wirt nur im ganzen bis zur Haftungsgrenze, nicht für jedes Glied besonders, Protokolle S. 410. So auch Fuld, Miete S. 268; Sturm S. 29; im wesentlichen auch Dernburg § 353 Anm. 1; anders freilich Langen S. 114; Planck Nr. 2; Staudinger Nr. 3. Ihnen ist zuzugeben, daß bei Annahme einer gesetzlichen Grundlage für die Haftung (s. Vorbem. 3) die weitere Auslegung an sich ebensogut möglich wäre wie die engere. Andererseits sprechen rechtspolitische Gründe entschieden gegen jene. Der Gast könnte die Wohltat des § 702 für den Wirt leicht illusorisch machen, wenn er jedes Familienmitglied (etwa vorbehaltlich späterer Verrechnung) mit besonderer Kasse reisen ließe. Ferner: knüpft sich die Haftung an die Gastaufnahme und Einbringung der Sachen,

so erscheint es sinngemäß, die Haftungsgrenze gleichfalls an jenen besonderen Aufnahme- und Einbringungsakt zu knüpfen. Bei einer zusammenreisenden Familie aber ist in der Regel nur ein einheitlicher derartiger Akt erforderlich. Es dürfte somit auf Selbständigkeit oder Unselbständigkeit der Aufnahme ankommen; nur ersterenfalls (z. B. zwei Brüder oder Freunde machen gemeinschaftlich eine Sommerreise) bestimmt die Haftungsgrenze sich für jeden besonders, sonst nicht (also nicht bei zwei Ehegatten, Eltern mit den auf ihre Kosten mitgenommenen Kindern; Herrschaft mit Bedienung).

2. **Ausnahmen**: In drei Fällen soll die Beschränkung der Haftung nicht eintreten:

a) wenn der Wirt die Gegenstände **„in Kenntnis ihrer Eigenschaft" in Verwahrung nimmt.** Daß er genau den Wert kannte, wird nicht erfordert, wenn ihm nur die allgemeine Eigenart bekannt war. Woher er die Kenntnis hatte, ob durch Mitteilung des Gastes oder eigene Prüfung, macht keinen Unterschied; ebensowenig, ob er einen besonderen Aufbewahrungsort für die Sachen besaß oder nicht.

b) wenn er die **Aufbewahrung ablehnte**; ein besonderes Verschulden ist nicht nötig. Auch darauf kommt nichts an, ob er selbst oder sein Vertreter die Ablehnung vollzog; ob sie durch besondere Erklärung oder allgemein durch Anschlag usw. erfolgte.

c) wenn er oder seine Leute nachweislich **den Schaden verschuldet haben.** Über das Maß des vertretbaren Verschuldens bestimmen die allgemeinen Grundsätze, §§ 275 ff. Ein Verschulden wird u. a. zu finden sein in Aufnahme verdächtigen Gesindels, ungenügender Bewachung oder Schließung des Hauses, Hergabe eines unverschließbaren Zimmers an den Gast.

Der Beweis für diese Ausnahmen liegt dem Gaste ob.

§ 703.

Der dem Gaste auf Grund der §§ 701, 702 zustehende Anspruch erlischt, wenn nicht der Gast unverzüglich, nachdem er von dem Verlust oder der Beschädigung Kenntnis erlangt hat, dem Gastwirt Anzeige macht. Der Anspruch erlischt nicht, wenn die Sachen dem Gastwirte zur Aufbewahrung übergeben waren.

E. I 643, RB. 690. — Prot. II S. 410—1, D. S. 129.

1. **Prinzip**: § 703 stellt eine von Entw. II eingefügte Schutzbestimmung für den Wirt dar gegen schikanöse Nachforderungen der Gäste, s. Prot. II aaO.

Der Gast erhält sich seine Rechte im allgemeinen nur durch eine unverzügliche, also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121) vollzogene **Anzeige** an den Wirt. Diese ist eine einseitige, empfangsbedürftige, wennschon nicht eigentlich rechtsgeschäftliche, Erklärung im Sinne von §§ 130 ff. Ihre Vornahme ist kein rechtsbegründender, sondern ihre Unterlassung ein rechtsvernichtender Umstand für das an sich vorhandene Recht des Gastes, daher wird man dem Wirte den Beweis für die angeblich nicht rechtzeitige Anzeige aufzubürden haben. So Prot. S. 411; ebenso Meisner Nr. 2; Kuhlenbeck Nr. 2. Der von Planck I S. 47 ff. aufgestellte Grundsatz für die Beweislast müßte freilich zum entgegengesetzten Ergebnis führen.

2. Die Ausnahme aus **Satz** 2 greift nur Platz bei wirklicher Übernahme der Verwahrung, nicht auch bei der Verweigerung der vom Gast erheischten.

§ 704.

Der Gastwirt hat für seine Forderungen für Wohnung und andere dem Gaste zur Befriedigung seiner Bedürfnisse gewährte Leistungen, mit Einschluß der Auslagen, ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Gastes. Die für das Pfandrecht des Vermieters geltenden Vorschriften des § 559 Satz 3 und der §§ 560 bis 563 finden entsprechende Anwendung.

E. I 628, E. II 644, RB. 691. — Mot. S. 590—1, Prot. II 411—12.

1. Ein **gesetzliches Pfandrecht des Gastwirtes** an den vom Gaste eingebrachten Sachen wäre schon nach § 559 anzunehmen für den Fall, daß in der Aufnahme ein Mietvertrag liegt. Aber auch darüber hinaus war dem Wirte bereits durch KO. § 41 Abs. 5 „wegen seiner Forderungen für Wohnung und Bewirtung des Gastes" ein Pfand- und Absonderungsrecht gewährt, was die meisten Landesrechte dann für die Fälle außerhalb des Konkurses erweiterten, so Mot. S. 590 No. 1. Der § 704 gibt also wesentlich einen bereits vorhandenen Rechtszustand wieder.

Das Pfandrecht besteht wegen der im Texte bezeichneten Leistungen des Wirtes, also namentlich wegen der Wohnung — für die es freilich angesichts des § 559 keiner Bestimmung mehr bedurft hätte —, wegen der Bewirtung, aber auch wegen Auslagen, z. B. für Porto, Begleichung von Rechnungen im Interesse oder gar Auftrage des Gastes. Daß es nur Wirten im Sinne des § 701 zustehe, dürfte sich aus der Einbeziehung des § 704 in den Titel 13 mit Sicherheit ergeben. S. auch Engelmann-Staudinger Nr. 2a und dort zitierte.

Es ist nach Art des Vermieterpfandrechtes gestaltet; folgerecht finden darauf dessen im Text genannte Sätze eine, im allgemeinen weiterer Erläuterung nicht bedürftige, entsprechende Anwendung. Nur bei § 560 ist eine gewisse Vorsicht zu beobachten; obwohl das alsbaldige Ausziehen aus dem Gasthaus unter Mitnahme der eingebrachten Sachen den „gewöhnlichen Lebensverhältnissen" sicher entspricht, darf doch der Gast nicht ohne weiteres vom Wirt die Einwilligung dazu erzwingen: denn sonst wäre dessen Pfandrecht offenbar ganz wertlos. Ein solches Verlangen des Gastes ist vielmehr ebenso unstatthaft, wie wenn der Mieter die Entfernung seines ganzen Mobiliars durchsetzen wollte. Nur zu einer, vorübergehenden oder auch endgültigen, Entfernung einzelner der eingebrachten Gegenstände im Rahmen der durch § 560 festgesetzten Zwecke wird man dem Gaste ein Recht gewähren. Dieses Bedenken übersieht Planck, wenn er die Regeln des § 560 hier ohne weiteres reproduziert.

2. Ueber den Begriff der eingebrachten Sachen s. Bem. zu § 702. Es muß sich aber um gerade dem Gast selbst gehörige Sachen handeln; diejenigen dritter, etwa seiner Ehefrau, geliehene Bücher, Koffer usw. fallen nicht darunter.

3. S. auch wegen des **Absonderungsrechtes** die (neue) KO. § 49 Nr. 2.

4. Ist neben dem Pfandrechte des § 704 dem Gastwirt auch das gewöhnliche Vermieterpfandrecht gegeben? Schwerlich, § 704 will offenbar exklusiv gelten, nicht nur ergänzend, wie sich schon aus seiner Einbeziehung der Ansprüche für Wohnung ergibt. Die bloß entsprechende Anwendbarkeit der §§ 559 ff. wäre sonst ja auch sinnlos. Ebenso Siber, Vermieterpfandrecht S. 12.

Vierzehnter Titel.

Gesellschaft.

Vorbemerkung.

Literatur: Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht Bd. 1—3; derselbe, Die Genossenschaftstheorie, 1887; ders., Deutsches Privatrecht I S. 660ff.; ders., Vereine ohne Rechtsfähigkeit, Aufl. 2, 1902; Adler, Zur Entwicklungsgeschichte und Dogmatik des Gesellschaftsrechts, 1895; Jörges, Zeitschr. f. HR. **49** 140ff., **51** 47ff.; Knoke, Das Recht der Gesellschaft, 1901; Nagler, SächsArch. **10** 695ff.; Ehrenberg, Handwörterbuch der Staatswissenschaft 4 424ff.; Dissertationen von Krech, Greifswald 1900, E. Schmidt, Erlangen 1899. Wertvolle Perspektiven auch bei E. Steinbach, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation, 1897, passim, sowie bei E. Hölder, Natürliche und juristische Personen, 1905, bes. S. 266ff. S. auch die Lehrbücher, Monographieen und Kommentare des Handelsgesellschaftsrechtes.

1. **Allgemeines**: Die Gesellschaft, societas, ist die vertragsmäßige Gemeinschaft zu auf Erreichung eines gemeinsamen Zweckes gerichteten Leistungen. Sie unterscheidet sich scharf von der Korporation, indem sie keinen selbständigen Träger von Rechten und Pflichten darstellt; berechtigt und verpflichtet sind vielmehr nur die einzelnen Sozien, ohne daß die Gesellschaft eine von ihnen abgetrennte Individualität besäße.

Aber auch vom nicht rechtsfähigen Verein ist die Gesellschaft verschieden, s. § 54 und Bem. dazu. Zweifelhaft sind freilich die Unterscheidungsmerkmale. Aufl. 1 stellte nur darauf ab, ob die Mitgliederzahl wechselnd oder grundsätzlich geschlossen sei. Anders aber Gierke, Vereine o. N. S. 10ff., der das Kennzeichen des Vereins in der Einrichtung einer körperschaftlichen Verfassung sieht; er ist eine Organisation, die die inneren Bedingungen einer Korporation als selbständiger juristischer Person erfüllt, ein geeignetes Substrat dafür darstellt und nur, weil das Gesetz die Rechtsfähigkeit von besonderen Voraussetzungen abhängig macht, sie nicht besitzt. Ebenso Dernburg § 355, I, 1 und im wesentlichen Knoke S. 21 (der Wille der Mitglieder muß auf Schaffung eines von ihrer Individualität unabhängigen Rechtssubjekts gerichtet sein und entbehrt nur der vollkommenen gesetzlichen Anerkennung). Dem ist auch diesseits beizutreten; man muß in der Tat auf den gesamten Habitus der einen oder andern Assoziationsform sehen, nicht nur auf einen einzelnen Gesichtspunkt. Richtig bleibt freilich, daß die Geschlossenheit oder Nichtgeschlossenheit einen besonders wichtigen, vielleicht den wichtigsten Unterscheidungsmaßstab darbieten wird; sie ist nur nicht als solche entscheidend. Anders neuestens Hölder aaO., der den Unterschied der Gesellschaft vom Verein nur in der angeblichen Unmöglichkeit der auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung für die Gesellschaftsschulden findet. Das scheint mir nicht überzeugend.

Jedenfalls ist der Unterschied der hier besprochenen Assoziationsformen auch praktisch bedeutsam. Allerdings gelten nach § 54 auch für den nichtrechtsfähigen Verein die Regeln des Gesellschaftsrechts, aber nur entsprechend, also nur mutatis mutandis. Und keineswegs gelten umgekehrt die Rechtssätze über den nichtrechtsfähigen Verein auch für die Gesellschaften. Die (so früher Endemann Aufl. 3–4, § 180 Nr. 2) Lehre, daß in entsprechender Anwendung von ZPO. § 50 Abs. 2 auch die Gesellschaft passiv parteifähig sei, kann daher keineswegs gebilligt werden; dagegen auch Planck, Vorbem. II, 2, Krech S. 71.

Im Gegensatz zur Gesellschaft stehen andererseits auch die bloßen Gemeinschaften, denen das Moment der Vertragsmäßigkeit fehlt. Sie werden behandelt im nächsten Titel, §§ 741ff.

2. **Anwendungsgebiet des Titels**: Auch von den auf Grund der vollzogenen Abgrenzung übrigbleibenden eigentlichen Gesellschaften fallen nicht alle unter diesen Titel oder doch nur unter ihn. Nämlich:

a) für die **Handelsgesellschaften** kommen zunächst die Normen des HGB., Buch 2, §§ 105—342, in Betracht; soweit diese freilich nichts besonderes enthalten, gilt das Recht des BGB. und damit unseres Titels auch für sie, EG. zum HGB. Art. 2.

Für einzelne handelsrechtliche Gemeinschaften gelten besondere Gesetze, s. das Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. V. 1889 und das Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. IV. 1892.

Für die privaten Versicherungsgesellschaften ferner gilt jetzt das RG. vom 12. V. 1901.

b) ferner scheiden aus die Vereinigungen, „welche in unmittelbarem Zusammenhange stehen mit Materien, welche der landesrechtlichen Regelung überlassen bleiben, mit dem Agrarrechte, dem Wasserrechte einschl. des Siel- und Deichrechtes, mit dem Forstrechte, Bergrechte, Jagd- und Fischereirechte", Mot. S. 592; s. EG. Art. 65, 66, 67, 69, 83.

Es bleiben also für das unmittelbare Anwendungsgebiet des vorliegenden Titels im wesentlichen nur übrig einmal die Vereinigungen „mit idealen Tendenzen", die aber ihrerseits wieder gemäß § 21 leicht selbständige Rechtsfähigkeit erlangen können, andererseits die im neuen HGB. nicht mehr geregelten Gelegenheitsgesellschaften (altes HGB. Art. 266—70, s. jetzt Staub, Exkurs zu § 342 S. 1019ff.) und andere zwar wirtschaftliche, aber nicht unter das HGB. gehörige Assoziationen. Insoweit ist die praktische Bedeutung des Titels nicht hervorragend groß; sie wächst aber erheblich durch seine subsidiäre Geltung für das Handelsrecht.

2. Die Gesellschaft schließt sich zusammen zu einem gemeinsamen **Zweck**, der mehr oder minder umfassend sein kann. Häufig, aber nicht immer wird er ein **ökonomischer** sein; jedenfalls ist das zur Anwendung der Vorschriften des vorliegenden Titels **nicht nötig**, sofern nur die zur Erreichung desselben in Bewegung gesetzten **Mittel ökonomischen Inhalt** haben. Unter dieser Voraussetzung werden selbst Gesellschaften zur Erreichung **öffentlicher**, gemeinnütziger und sonstiger nicht privater Zwecke unter die Bestimmungen dieses Titels fallen können. Fehlt es aber auch an dieser Verwendung ökonomischer Mittel, so ist m. E. angesichts des oben zu § 241 über das Vermögensinteresse Gesagte eine Gesellschaft in unserem Sinn nicht anzuerkennen (z. B. es bildet

sich eine Vereinigung zur gemeinsamen Lektüre von Klassikern in den Wohnungen der Mitglieder — anders, wenn die nötigen Exemplare dafür auf gemeinsame Kosten angeschafft werden sollen). So auch SächsGB. § 1359, a. A. Mot. S. 595 und Knoke S. 18 (vom Standpunkt der das Vermögensinteresse verwerfenden herrschenden Meinung). Wie hier Kober-Staudinger zu § 705, IV, 2b; weitere Angaben über die Streitfrage in Neumanns Jahrb. I S. 418 Nr. 8.

3. Nach dem Gesagten wird jede Gesellschaft eine gewisse **Vermögensgemeinschaft** unter ihren Mitgliedern herbeiführen. Diese kann aber sehr verschieden gestaltet sein:

a) Nach dem **Röm. Recht** und den davon abhängigen Rechten ist die Ordnung eine durchaus **individualistische**; ein selbständiges Gesellschaftsvermögen liegt nicht vor, sondern der Zusammenhalt besteht wesentlich nur in den gegenseitigen, mit der actio pro socio geltend zu machenden Rechten und Pflichten des Genossen. Nach außen ist jeder für sich, und mehrere Handelnde sind in der Regel nur anteilsmäßig berechtigt und verpflichtet; selbst da, wo, wie bei einem etwa eingetretenen Korrealverhältnis oder Miteigentum, alle Genossen nach außen beteiligt sind, ist diese Beteiligung wieder individualistisch geregelt, mit tunlichst freier Disposition des einzelnen über sein Anteilsrecht.

Dies System hatte einen scharfen Ausdruck gefunden im Entw. I, s. Mot. S. 591, wenn auch darin schon erhebliche Verfügungsbeschränkungen bezüglich der Anteilsrechte des einzelnen Gesellschafters aufgenommen waren.

b) Nach der germanistischen Lehre dagegen sind nicht die einzelnen Genossen an den Einzelstücken anteilsberechtigt, sondern es existiert ein eigentümliches, den Zwecken der Gesellschaft gewidmetes **Sondervermögen**, über das nur die, wenn auch nicht gerade zur juristischen Persönlichkeit zusammengeschlossenen, **Genossen in ihrer Vereinigung** zu verfügen berufen sind, und das durch die Handlungen des einzelnen im Namen der Gesellschaft nach dem Prinzip der direkten Stellvertretung unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird.

Dieses deutschrechtliche System ist — wie schon früher bei der offenen Handelsgesellschaft im HGB. — im zweiten Entwurf und im BGB. vollauf zur Durchführung gelangt, wie sich in der folgenden Einzelausführung näher zeigen wird, s. namentlich §§ 714, 718, 719ff., 725, Denkschr. S. 121. Die abweichenden Ansichten über das Wesen des Gesellschaftsvermögens bei Laband, Zeitschr. f. HR. 31 51ff. und E. Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechtes 1895, hatten schon in der handelsrechtlichen Doktrin keinen Anklang gefunden und sind vollends gegenüber der offensichtlichen Aufnahme des Prinzips der „gesamten Hand" ins BGB. als überwunden hier bei Seite zu lassen.

c) Doch ist durch die Verweisung auf den Begriff der Gesamthand die Frage nach der Konstruktion des Gesellschaftsvermögens und der Berechtigungen daran noch keineswegs erledigt; sie ist vielmehr Gegenstand einer heftigen und außerordentlich schwierigen Streitfrage, s. dazu, außer den oben Genannten, besonders Gierke, Jörges und Nagler, auch Binder, Stellung des Erben III S. 6ff., Sohm, Der Gegenstand (Festschrift für Degenkolb) S. 60ff.

Es stehen sich drei Theorien gegenüber, die man als Theorien der geteilten Mitberechtigung, der (ungeteilten) Gesamtberechtigung und der „Rechtsgemeinschaft kraft Personenrechts" (Sohm) bezeichnen kann.

α) Die Theorie der geteilten Mitberechtigung nimmt auch beim Gesamthandsverhältnis quotenmäßige Anteilsrechte an, und zwar nicht etwa solche am Gesamtvermögen, das nicht Objekt eines besonderen Rechts, also auch keines Anteilsrechtes, ist, sondern solche an den einzelnen Stücken des Gesamthandsguts. Der Unterschied vom gewöhnlichen Miteigentum liegt nicht sowohl in der Rechtszuständigkeit, als in der Verfügungsmacht; den einzelnen ist die Verfügung über die ihnen zustehenden Anteilsrechte (Quoten) entzogen. So besonders Binder, Jörges (S. 179ff.) und Nagler (S. 718ff.); aber auch Cosack § 276, I, 1; Dernburg § 359 Anm. 4; Goldmann-Lilienthal S. 783—4; Lehmann-Ring, Kommentar vor § 105 HGB. S. 217ff., in besonderer Weise auch Laband aaO. (Miteigentum mit variablen Quoten).

Im Grunde muß man auch die Germanisten hinzuzählen, die das Wesen der Gesamthand mittelst einer schlummernden oder latenten Quotenteilung zu erklären versuchen, vgl. die Nachweise bei A. Schmidt, Kommentar zu § 1442 Anm. 1 (Anklänge bei Gierke selbst, Genossenschaftstheorie S. 345—6).

β) Nach der Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung steht das Gesellschaftsvermögen ungeteilt der gesamthänderischen Vereinigung aller Teilhaber zu, nicht jedem zu einer abgegrenzten Quote; die Unstatthaftigkeit von Verfügungen über Teile des

Ganzen wie der einzelnen Vermögensstücke ist nicht sowohl das Wesen als vielmehr nur eine Folge des Gesamthandsverhältnisses. So vorzüglich Gierke in seinen verschiedenen Schriften, z. B. Genossenschaftstheorie S. 344, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 29, Sachenrecht S. 393, dann Crome § 280 Nr. 2; Endemann § 180 Nr. 3; Knoke, ArchBürgR. 20 S. 178ff.; Planck S. 452; Staub, Exkurs zu HGB. § 122 Anm. 12, auch meine Aufl. 1. Auf diesem Standpunkt stehen auch (für die offene Handelsgesellschaft) die Erk. des RG. 25 Nr. 52 S. 256 und 30 Nr. 46 S. 150; ebenso für das BGB. RG. JS. VII, 11. XII. 1903, Bd. 56 Nr. 53 S. 206ff.

γ) Eine mittlere Theorie vertritt allerneuestens Sohm aaO. Bei den Gesamthandsverhältnissen stehen dem einzelnen zwar Teile, aber keine Bruchteile zu, vielmehr Anteile kraft Personenrechts, die nicht durch einen besonderen Erwerbsgrund erlangt und bestimmt werden, sondern durch den personenrechtlichen Grund des Erwerbs und Verlusts der Mitgliedschaft in der gesamthänderischen Personenmehrheit, als selbstverständliche Konsequenzen der Zugehörigkeit dazu.

Von diesen drei Auffassungen scheint mir die zu β) nunmehr als bedenklich. Sie wäre von vornherein dem geltenden Recht zuwider, wenn sie nur Quotenrechte an den einzelnen Vermögensstücken ablehnte, nicht auch solche an der Vermögensgesamtheit. Denn das Vermögen als Ganzes ist zweifellos im Sinne des BGB. überhaupt nicht Gegenstand eines besonderen Rechts, also folgerecht auch nicht eines Anteilsrechtes — andernfalls müßte es nach § 823 Abs. 1 als solches gegen Beschädigungen geschützt sein, was zweifellos nicht der Fall ist, s. Bem. zu § 823. Aber die Gierkesche Lehre läßt sich auch so verstehen, daß sie Quotenrechte an der Vermögensgesamtheit gleichfalls ablehnt — wenn es auch nicht überall (s. z. B. Gierke selbst, Deutsches Privatrecht I S. 678, anders z. B. Endemann aaO., Enneccerus S. 733, meine Aufl. 1) geschieht —; insoweit sind die Einwürfe Binders und Naglers nicht unbedingt durchschlagend. Wohl aber erscheinen mir Sohms Gesichtspunkte als überzeugend: die bloße Tatsache, daß dasselbe Recht mehreren gemeinsam zusteht, drückt ihre Rechtsstellung mit logischer Notwendigkeit zu Teilrechten herab. „Zuständigkeit desselben ungeteilten Rechts an mehrere Rechtssubjekte ist ein Widerspruch in sich selbst", Sohm S. 62 (ähnlich auch Binder und Jörges). Und wenn Gierke darauf antwortet, daß Subjekt des gesamthänderischen Vermögens nicht eine Mehrheit sondern eine Personeneinheit darstelle, so ist darauf mit Sohm S. 65 zu erwidern, daß entweder die Gesamtheit das Recht besitzt: dann müßte sie, was aber bei der Gesellschaft sicher nicht zutrifft, juristische Person sein, oder die einzelnen: dann können sie nicht mehr als Teilrechte haben.

Aber auch die Anschauung zu α) ist unbefriedigend. Sie sprengt, wie Gierke treffend hervorhebt (Sachenrecht S. 393), in atomistischer Weise jede objektive Einheit der Sondervermögensmasse und erklärt nicht die nach BGB. zweifellos anzunehmende (s. § 736 und Bem. dazu) Möglichkeit eines direkten An- und Abwachsens der Teilrechte an den ein- oder von dem austretenden Gesellschafter (trotz des entsprechenden Versuches von Nagler S. 730). Ist dem so, so sind die einzelnen Anteilsrechte nichts Selbständiges, sondern aus einem außerhalb ihrer selbst liegenden besonderen Grunde abzuleiten: und das ist eben das allgemeine personenrechtliche, „gesamthänderische" Verhältnis. Man kann vielleicht auch mit Sohm hinzufügen, daß Bruchteilsberechtigung und Verfügungsbeschränkung einen Widerspruch in sich bedeuten, weil „das Wesen der Bruchteilsberechtigung nach dem Gesetz in der Verfügbarkeit beruht", Sohm S. 70.

Das Verhältnis läßt sich wohl so auffassen: bei der gewöhnlichen Anteilsberechtigung entsteht die Gemeinschaft aus der Tatsache der Beteiligung am gemeinschaftlichen Recht; bei der Gesamthand entstehen umgekehrt die einzelnen Anteilsrechte erst aus der anderweit bereits begründeten Gemeinschaft und verschwinden mit dem Ausscheiden aus dieser. Die Anteilsrechte sind hier abgeleiteter, sekundärer Natur. Ähnlich Endemann aaO.: „die Mitberechtigung an dem gemeinschaftlichen Vermögen" (ich würde lieber sagen: den ... Vermögensstücken) kommt nur zur Geltung durch die Mitgliedschaft an dem persönlichen Verbande.

Die Auffassung einzelner Vertreter der Ansicht zu α), wonach die Gesellschaft auch nach dem BGB. „ein rein obligatorisches Verhältnis" ist (so Goldmann-Lilienthal S. 783), kann somit nicht gebilligt werden; richtiger Nagler S. 724, der dasselbe als mit einem personenrechtlichen Elemente durchsetzt erachtet und sich damit dem hier Gesagten nähert.

4. Nach dem **Umfang der Gemeinschaft** unterschied man gemeinrechtlich vier Arten der societas: soc. omnium bonorum, quaestus, negotiationis, unius negotii. Diese

Kategorien haben für das BGB. keine Bedeutung. Die erste ist überhaupt nach § 310 für den Vermögensverkehr unzulässig; sie findet sich nur im ehelichen Güterrecht als (allgemeine) Gütergemeinschaft und untersteht hier besonderen Normen. Die beiden mittleren Arten ferner kommen vornehmlich nur bei den Gesellschaften des Handelsrechtes vor. — Natürlich kann der Umfang des Zweckes auch heute noch verschieden sein, aber deshalb bedarf es nicht der getrennten Typen, die dazu nicht einmal erschöpfend waren: die Gesellschaften zu idealen Zwecken fanden dabei keinen Platz.

5. S. auch ZPO. §§ 736, 859 (Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen und in den Anteil eines Gesellschafters).

§ 705.

Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.

E. I 629, E. II 645, RV. 692. — Mot. S. 591—5, Prot. II S. 415—7, D. S. 130.

Altruistischer Zweck 2a.
Andere Leistungen außer den Beiträgen 2b.
Beiträge 2b.
Bestimmtheit der Leistungen 2b.
Einrede des nicht erfüllten Vertrages 4c.
Folge der Nichtleistung der Beiträge 7.
Form des Vertrages 1.
Gegenseitigkeit des Vertrages 4b.
Gemeinsamkeit des Zweckes 2a.
Inhalt des Vertrages 1.
Mehrere Gesellschafter 4.
Partiarische Geschäfte 2a.
Richtung auf einen gemeinsamen Zweck 2a.
societas leonina 2a.
Subjekte der Ansprüche 3.
Ungleichheit der Beiträge 2b.
Unmöglichkeit der Beitragsleistung 4.
Verpflichtung zur Förderung des Zweckes 2b.
Vorvertrag 6.

Literatur: Eschelbacher, Das Recht auf die Gesellschaftseinlagen, Diss. Rostock 1902; Oebike, Diss. Erlangen 1903.

1. Für die Verpflichtungen der Gesellschafter ist maßgebend der **Gesellschaftsvertrag**, anders als bei der Gemeinschaft (§ 741). Für ihn selbst werden keine besonderen Bestimmungen getroffen, er ist also, wie nach Gemeinem (RG. Bd. 7 Nr. 53) und Sächsischem Recht, aber anders als nach dem Code und teilweise dem Landrecht, **formlos gültig**, kann auch gegebenenfalls stillschweigend geschlossen werden. Möglicherweise bedarf er auch nach BGB. insoweit einer besonderen Form, als das Gesetz für Verträge über die speziell hineinbezogenen Objekte eine solche fordert, so wenn das ganze gegenwärtige Vermögen oder eine Quote davon (§ 311), wenn ein Grundstück (§ 313) zu den Vertragsgegenständen gehört.

Auch über den möglichen **Inhalt** ist im Gesetz nichts besonderes bestimmt — im Gegensatz zu den meisten anderen Gesetzgebungen und zu Entw. I § 629 Abs. 2 —; es gelten auch hier die allgemeinen Regeln. Ungültig sind also Verträge, die auf etwas gesetzlich Verbotenes (s. insbesondere § 310), Unmögliches oder Unsittliches gehen, z. B. gemeinsame Errichtung eines Bordells.

2. Als Gesellschaftsvertrag muß die Abrede das enthalten, was zur Errichtung einer Gesellschaft erforderlich ist, nämlich:

a) **die Richtung auf einen gemeinsamen Zweck**. S. darüber das in der Vorbem. 2 Gesagte. Der Zweck kann danach und mangels einer näheren Umgrenzung im Gesetze auch ein **idealer** sein, während die anderen Gesetzgebungen vielfach nur einen ökonomischen im Auge haben, so Code Art. 1832ff.

Der Zweck muß sich als ein **gemeinsamer** darstellen; darum ist der Vertrag keine Gesellschaft, durch den nur der egoistische Zweck eines der Beteiligten gefördert werden soll; z. B. bei der Erwerbsgesellschaft soll nur einer den etwaigen Gewinn erhalten: **societas leonina**, l. 29 § 2 h. t. 17,2. Daß ein solcher Vertrag darum nichtig sei, ist nicht gesagt; er kann sich darstellen als Schenkung, Garantievertrag. Nur darf er natürlich nicht gegen § 138 verstoßen. — An einem wahrhaft **gemeinsamen** Zweck, der eine prinzipielle Gleichstellung der Beteiligten erfordert, fehlt es auch bei den sogen. partiarischen Geschäften, s. Vorbem. vor § 581 Nr. 2; ROHG. Bd. 18 Nr. 1.

Dagegen schadet es der „Gemeinsamkeit des Zweckes“ nicht, wenn derselbe ein **altruistischer** ist, etwa in der Förderung des Wohls der Armen oder Kranken besteht.

Hinzuweisen ist noch auf einige Einzelfälle:

α) Eine Gesellschaft kann auch u. a. entstehen durch das gemeinsame Spielen eines Lotterieloses. S. wegen der Frage, wieweit sich das bei Klassenlotterien auch auf die späteren Klassen beziehe und ob das Los nebst den bedingten Anrechten auf die entsprechende Losnummer der folgenden Klassen Bestandteil des Gesellschaftsvermögens werde, darüber vgl. RG. ZS. I vom 9. IV. 1904 bei Gruchot 48 797 ff. nebst der dort angeführten älteren preußischen Rechtsprechung.

β) Ob und inwieweit die Vereinigung von Ärzten zur Berufsausübung Gesellschaft sei, darüber s. Josef bei Gruchot 48 263 ff., 281—2.

γ) Als Gesellschaft ist in der Regel auch ein Konsortium von Bankiers zur Begebung von Wertpapieren anzusehen, s. RG. 56, 206 und die Angaben aus der Praxis in Neumanns Jahrbuch III, S. 296.

δ) Wegen der Kartelle s. RG. 53 Nr. 6 S. 19 ff., Kober-Staudinger zu § 705 IV, 2h., Steinbach, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation S. 156 ff., Rundstein, Recht der Kartelle, 1904.

ε) Ein gemeinsamer Zweck liegt auch vor und es ist daher eine Gesellschaft anzunehmen bei den im modernen Bauwesen häufig auftretenden sogen. Putzerkolonnen, s. dazu v. Schulz-Schalhorn, Gewerbegericht Berlin S. 209 ff. Die Pflicht der Putzer geht dann dahin, die versprochene Leistung durch gemeinsame Tätigkeit, durch Zusammenwirken zu erfüllen; der verdiente Lohn wird gemeinschaftlich, s. das bei Schulz-Schalhorn abgedruckte Erk. des GG. Berlin vom 10. II. 1902.

b) **Die Verpflichtung der Genossen, den Zweck irgendwie zu fördern.** Welcher Art diese übernommene Verpflichtung sei, wird vom Gesetz nicht bestimmt und läßt sich auch nicht allgemein bestimmen; es entscheidet die Besonderheit des Einzelfalles. Hervorgehoben wird nur die Leistung der „vereinbarten Beiträge"; diese können bestehen:

α) **in Kapitalbeiträgen:** Übertragung von Sachen, Rechten, Gebrauchsüberlassung („societas quoad usum", Bem. zu § 706), s. Entw. I § 631 Abs. 1.

β) **in Leistung von Diensten:** sie genügen schon im „kapitalistischen" römischen Recht, „quia saepe opera pro mercede valet", § 2 J. III, 25, s. auch l. 5 § 1 h. t., § 706 Abs. 3 und Bem. dazu.

Die Beiträge beider Arten können ihrerseits entweder einmalige oder wiederholte sein. Auch das ist in der Regel möglich, daß die Gesamtheit aller Beiträge in der einen oder anderen Art bestehe; insbesondere steht einer nur auf Dienste der Sozien angewiesenen Gesellschaft ohne alles Grundkapital nichts im Wege.

Daß die **Beiträge nicht gleich** zu sein brauchen, darüber s. § 706 und Bem. dazu. **Irgendwelche Beiträge** — dies Wort in dem weiten Sinne gebraucht, daß es auch die Dienstleistungen umfaßt — muß aber jeder leisten; sonst liegt, wenn überhaupt ein gültiger Vertrag, höchstens eine verschleierte Schenkung vor, Windscheid § 405 No. 15, Mot. S. 594, 596, E. I § 630 Abs. 1.

Über die **nötige Bestimmtheit** der Beiträge wie überhaupt des Vertragsinhaltes entscheiden die allgemeinen Regeln, s. namentlich §§ 315 ff., s. auch Entsch. d. RG. 30 Nr. 45 S. 148, ll. 76—80 h. t., Knoke S. 17. Wegen des Verhältnisses von Beiträgen und Einlagen s. Bem. zu § 707.

Durch die Beiträge werden die Pflichten der Genossen nicht oder doch nicht notwendig erschöpft; es können sich aus den gesetzlichen Einzelbestimmungen, dem Vertrage oder auch schon ohne weiteres aus den das Verhältnis beherrschenden Prinzipien von Treu und Glauben sonstige ergeben, z. B. Pflichten zur Diskretion, zur Unterlassung einer den Gesellschaftszweck gefährdenden Tätigkeit (Prot. S. 416), zur Gewährung der etwa (nicht notwendig, s. Bem. zu § 722) ausgemachten Gewinnanteile an die Genossen, zur Auskunftserteilung, zur Rechnungslegung. S. wegen dieser Pflicht Entsch. d. RG. bei Seuffert 48, Nr. 183 S. 289: sie entsteht nicht schon aus dem Gesellschaftsverhältnis als solchem, sondern erst aus der Tatsache der vollzogenen oder übernommenen Geschäftsführung, s. namentlich §§ 713, 716, 721.

3. **Subjekt des Anspruches auf die Beiträge:** Es erhebt sich aber nunmehr die theoretisch und praktisch gleich wichtige Frage, wem gegenüber der einzelne Gesellschafter die ihm nach Nr. 2 obliegenden Pflichten habe — den einzelnen anderen Gesellschaftern oder der Gesellschaft (den Gesellschaftern zusammen in ihrer gesamthänderischen Vereinigung) gegenüber. Für jene Auffassung die Dissertation von R. Philipp, Recht auf die Gesellschaftsbeiträge, 1903, S. 16 ff., Eschelbacher S. 16 ff., Knoke S. 33—4, s. auch Mot. S. 594, für diese Dernburg § 357, III, Enneccerus S. 725, Hölder S. 279, Oebike S. 35, auch meine Aufl. 1.

Heute glaube ich der ersten Auffassung den Vorzug geben zu müssen. Dafür spricht einmal die grundsätzliche Erwägung, daß die Herstellung der Gesellschaft erst Folge des Gesellschaftsvertrages ist, dieser selbst also nur zwischen den Gesellschaftern als Individuen geschlossen werden, nur ihnen Rechte verleihen kann. Ferner: Da Subjekte des Gesellschaftsvermögens die Gesellschafter sind, sogar mit Anteilsrechten (s. Vorbem. Nr. 3), so müßte jeder Gesellschafter nach der gegnerischen Ansicht für den Bereich seines Gesellschaftsanteils sein eigener Schuldner sein — eine seltsame, wenn nicht sogar unmögliche Vorstellung. Zur Geschäftsführung, also auch zur Prozeßführung, sind im Zweifel nur alle gemeinschaftlich berechtigt, § 709 — entsprächen den hier in Frage stehenden Pflichten Rechte der Gesellschaft, so müßte der in Anspruch zu nehmende Gesellschafter folgerecht einwilligen, daß gegen ihn selbst geklagt werde! Die Mißlichkeit der Gegenmeinung zeigt sich besonders dann, wenn nur zwei Gesellschafter da sind; hier wird sich die unbefangene Auffassung nie davon abbringen lassen, daß der eine immer nur den andern, nicht diesem und sich gemeinsam, gegenüber verpflichtet sei.

Der Gegenmeinung muß auch die Zuständigkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (s. unten) Schwierigkeiten machen: wird der einzelne Gesellschafter auf seinen Beitrag verklagt, so kann er nach ihr sich nicht auf die Beitragspflicht der Gegner berufen, da diese nicht ihm, sondern der klagenden Gesellschaft gegenüber besteht (zugegeben z. B. von Dernburg und Oebike, S. 36, 49, der konsequent jene Einrede nur insoweit zuläßt, als Rechte und Pflichten eines einzelnen gegenüber der Gesellschaft in Frage stehen, z. B. Anspruch des Geschäftsführers auf Vergütung, während er mit seinen Beiträgen noch im Rückstand ist, Oebike S. 45). Endlich hat die Gegenmeinung auch den Wortlaut des § 705 gegen sich, der von einer gegenseitigen Verpflichtung der Gesellschafter spricht, was mindestens ungenau wäre, wenn es an einer Identität der berechtigten und verpflichteten Subjekte fehlte; ebenso auch den des § 716.

4. Damit hängt untrennbar zusammen die gleichfalls streitige Frage nach der **Natur des Gesellschaftsvertrages**: ist er ein gegenseitiger Vertrag, und sind die allgemeinen Regeln der gegenseitigen Verträge darauf anwendbar?

a) Vorfrage ist, ob der sog. Gesellschaftsvertrag überhaupt ein wahrer Vertrag ist oder ein sog. Gesamtakt in dem von Kuntze (Leipziger Festgabe für Müller, 1892) geprägten Sinn: ein Rechtsgeschäft, bei dem die Teilnehmer nicht als Parteien (mit entgegengesetzten Interessen) einander gegenüberstehen, sondern sich als Parteigenossen zu einander verhalten, Kuntze S. 47. Für die Vertragsnatur spricht einmal der in konstruktionellen Fragen freilich nicht unbedingt maßgebende Wortlaut, dann aber und vor allem die Erwägung, daß beim Gesellschaftsvertrag — anders als bei der Vereinsgründung — die Interessen der einzelnen keineswegs schlechthin parallel gehen, sondern in weitem Maße einander gegenüberstehen. Das Sonderinteresse des einzelnen geht stets dahin, daß seine Pflichten möglichst niedrig, seine Rechte möglichst hoch angesetzt werden — viele Gesellschaftsgründungen und -verlängerungen sind schon an der Uneinigkeit darüber gescheitert, aber wohl noch nie Vereinsgründungen, wo die Mitgliederpflichten und -rechte grundsätzlich nach Art und Höhe gleich zu sein pflegen.

b) Der Gesellschaftsvertrag ist auch ein gegenseitiger Vertrag. Jeder Kontrahent übernimmt darin Pflichten, die ein Äquivalent der umschichtig von den andern übernommenen Pflichten bilden sollen, s. auch oben Nr. 2b. Daß die Leistungen nicht ausgetauscht werden, ist kein Gegenbeweis; denn es ist petitio principii, gegenseitige und Austauschverträge zu identifizieren. Zu letzteren würden streng genommen auch nicht die, als gegenseitig allgemein anerkannten, entgeltlichen Gebrauchsüberlassungsverträge gehören. Für den Begriff kommt es nicht darauf an, was aus den Leistungen wird, sondern nur darauf, daß jede Partei im Vertrage nach dessen Wesen Pflichten übernimmt, die als Äquivalent der Pflichten des oder der andern erscheinen. Die Gemeinsamkeit liegt nur im Gesellschaftsverhältnis, die Gegenseitigkeit im Gesellschaftsvertrag.

So auch die ganz überwiegende Lehre, z. B. Crome § 280 Anm. 2, § 281, I, 1a; Cosack § 275, I, 4; Dernburg § 357, III; Enneccerus S. 725; Fischelbacher S. 26—7; Goldmann-Lilienthal S. 731, 738ff.; Kisch, Unmöglichkeit S. 3, Besprechung von Titze S. 565; Krahmer, Gegenseitige Verträge S. 80; Knoke S. 42; Oebike S. 12—3; ebenso, unter Anerkennung der Besonderheiten des Vertrages, Philipp aaO. S. 41ff., sowie OLG. Marienwerder Rspr. VIII S. 80—1. Dagegen

besonders Steinbach (s. vor § 705) S. 3ff.; Titze, Unmöglichkeit S. 309ff., Besprechung von Kisch S. 341ff.; weniger entschieden Endemann § 181 Anm. 10, Kober-Staudinger Nr. V.

c) Daraus folgt aber nicht, daß alle Bestimmungen über gegenseitige Verträge auch auf den Gesellschaftsvertrag anwendbar seien. Hier ist wieder manches zweifelhaft:

α) Einrede des nicht erfüllten Vertrages? Ihre Statthaftigkeit wird auch von manchen Anhängern der herrschenden Meinung zu b) verworfen, mehr oder minder entschieden. So Dernburg § 357, III, Oebike aaO., Schollmeyer S. 148 — dies ganz folgerecht, sofern man den Anspruch auf die Beiträge bereits der Gesellschaft zuschreibt (s. oben Nr. 3), eine Auffassung, die m. E. sogar den gegenseitigen Charakter des gesellschaftlichen Streits in Frage stellen müßte. Die meisten dagegen lassen die genannte Einrede zu, aber in verschiedener Abgrenzung.

αα) Zugegeben wird sie meist nur für den Fall, daß gerade der klagende Gesellschafter seinerseits noch nicht geleistet hat; so meine Aufl. 1 Nr. 3, Knoke S. 43, Krahmer S. 92, Planck, Philipp aaO. S. 45ff., grundsätzlich auch Crome § 281 Anm. 18, Kipp-Windscheid S. 732.

ββ) Andere dagegen lassen die Einrede auch zu, sofern ein dritter Gesellschafter mit seinen Beiträgen rückständig ist. So Cosack, Enneccerus, Goldmann S. 739ff. Enneccerus gibt hier eine Einrede dahin, daß der Beklagte verlangen kann, es sollten auch die andern in gleichem Verhältnis auf ihren Anteil verklagt werden.

Die Frage wird so zu entscheiden sein: nimmt man als Subjekt der Forderungen auf die Beiträge die Gesellschaft an, so ist unsere Einrede überhaupt insofern ausgeschlossen, als die Klage von der Gesellschaft erhoben wird. Es wäre aber bei dieser Auffassung immerhin möglich, neben der Gesellschaft auch dem einzelnen Gesellschafter gegen die anderen ein individuelles Klagrecht auf Beitragsleistung zu gewähren (für ein solches u. a. auch Crome § 281, II, 1b, Cosack § 277, I, 4, Goldmann-Lilienthal S. 731, Knoke S. 34); wer den einzelnen Gesellschaftern persönlich den Anspruch auf die Beiträge zuschreibt, muß selbstverständlich so entscheiden. Die Frage kann sich nur darum drehen, ob diesem individuellen Anspruch des einzelnen Gesellschafters die Einrede aus § 320 entgegengesetzt werden könne.

Zur Beantwortung hat man davon auszugehen, daß zwischen den Beteiligten trotz der Einheit des Vertrages nicht nur ein einzelnes Schuldverhältnis besteht, sondern eine Mehrheit von Schuldverhältnissen, die das miteinander gemein haben, daß jeder Beteiligte allen andern gegenüber wie berechtigt, so auch verpflichtet ist. Ein Gesamtschuldverhältnis ist es nicht: keiner kann Leistung an sich fordern, sondern jeder nur Leistung an die gemeinsame Kasse, und die Pflichten sind kumulativ, niemand wird frei, weil bereits ein anderer geleistet hat.

Daraus ergibt sich: wenn ein Gesellschafter einen andern auf Leistung verklagt, kann der Beklagte sich einredeweise auch darauf berufen, daß ein dritter Sozius noch nicht geleistet habe. Einmal steht auch die Leistung des dritten der des Beklagten als Äquivalent mit gegenüber. Freilich handelt es sich dabei nicht um eine Verpflichtung des Klägers, die an sich allein die Einrede aus § 320 rechtfertigen könnte. Aber das ändert sich durch § 320 Abs. 1 Satz 2: Die vom Beklagten geforderte Leistung hat an mehrere zu erfolgen; daß sie nicht Teilgläubiger sind, sondern jeder die ganze Leistung zur Gesellschaftskasse fordern könne, macht nichts aus, da der angezogene Satz nach Wortlaut und Sinn nicht auf diesen Sonderfall beschränkt ist (s. Bem. 7 zu § 320). Die „ganze Gegenleistung“ aber ist in unserem Fall nicht nur die Leistung des Klägers, sondern auch die Leistung der anderen Gesellschafter. Erst recht steht die Einrede natürlich — dies schon nach allgemeinen Erwägungen — dem Beklagten dann zu, wenn gerade der Kläger die ihm obliegende Leistung seinerseits noch nicht erfüllt hatte. Diese Leistung ist um deswillen nicht weniger eine den Beklagten geschuldete, weil sie außer ihm zugleich auch den andern Sozien geschuldet wurde. Das bedeutet: kein Sozius kann im Zweifel zur Vorleistung gezwungen werden, nicht nur nicht dem klagenden, sondern auch nicht den am Prozeß nicht beteiligten andern Gesellschaftern gegenüber. Will der Kläger dem entgehen, so muß er, seinerseits die Leistung anbietend, alle andern zugleich auf Leistung verklagen, was ihm zweifelsohne mindestens insoweit zugestanden werden muß, als er Verurteilung der Beklagten zur gleichzeitigen Leistung verlangt. Denn dadurch wird vermieden, daß einer der Mitgesellschafter dem andern gegenüber zur Vorleistung gezwungen wird.

Selbstverständlich ist die Einrede ausgeschlossen:

aa) Soweit die Beiträge des Klägers oder des dritten vertragsmäßig erst nach der vom Beklagten verlangten Leistung zu machen sind, so in der Regel, wenn diese in einer Arbeits- oder sonstigen Dauerleistung besteht (s. Oebike S. 19—21).

ββ) Wenn die vom Beklagten begehrten und die dem Kläger oder dem dritten obliegenden Leistungen nicht in einem synallagmatischen Verhältnis stehen (s. auch Oebike S. 39, 45). Dieses fehlt zwischen den Beitragsleistungen und den **besonderen Pflichten**, die sich für den einen oder anderen Gesellschafter im Laufe des Gesellschaftsverhältnisses entwickeln können, wie z. B. auf Rechnungslegung, auf Rückerstattung der in Vorschuß genommenen Gelder usw. Diese Pflichten sind nicht unmittelbar auf Grund des Vertrages entstanden, sondern erst durch die für jeden Genossen eigentümliche Sachlage; ihretwegen ist daher von der früheren Praxis die exceptio non adimpleti contractus mit Recht von jeher abgelehnt worden, so bei Seuffert 25 Nr. 105 S. 154, Nr. 237 S. 351, Bd. 29 Nr. 235 S. 366, Bd. 36 Nr. 34 S. 149; Entscheidung des RG. Bd. 26 Nr. 48 S. 257.

β) Schwierig ist auch die Behandlung der Frage, wann einem Gesellschafter **die Leistung der vereinbarten Beiträge unmöglich** wird. Bestimmt sich dann das Verhältnis nach §§ 323ff.? Nach Knoke S. 47—8 und Nicolai (zitiert bei Krahmer S. 136) soll dadurch auch die Pflicht der andern wegfallen, somit das ganze Verhältnis endigen. Nach Eschelbacher S. 28 scheidet nur der aus, bei dem die Unmöglichkeit eintritt, so auch Krahmer S. 136—7, der eventuell mit dem Kündigungsrecht aus § 723 aushelfen will, und im wesentlichen Titze, Unmöglichkeit S. 316. Für schlechthin unanwendbar halten die §§ 323ff. Cosack § 277, I, 5c, Kipp-Windscheid S. 732, Rettig, Stille Gesellschaft im Verhältnis zur Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, 1902, S. 20. Anders und in ausführlicher Darstellung Planck S. 454—5: § 323 ist anwendbar; besteht die Gesellschaft nur aus zwei Personen, so wird sie durch die beim einen eintretende Unmöglichkeit absolut, sonst nur relativ, d. h. für und gegen den Betroffenen, aufgehoben, während sie übrigens fortbesteht. Hier nur event. Kündigung nach § 723.

Dem dürfte — ebenso schon Aufl. 1, die Krahmer zu Unrecht im Sinne Knokes versteht — im wesentlichen zuzustimmen sein. Keineswegs endet in dem hier unterstellten Fall die Gesellschaft ohne weiteres absolut, wie Knoke will; warum soll ein Lesekränzchen von vier Personen, wenn ein Teilnehmer erblindet, auch unter den übrigen hinfällig werden? Erscheint die Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen aus irgend einem Grunde nicht gut angängig, so ergibt das Ausscheiden des einen für die andern leicht einen „wichtigen Kündigungsgrund". Möglicherweise freilich macht es auch für sie den gesamten Gesellschaftszweck unmöglich, z. B. der Weggefallene war der alleinige sachverständige Geschäftsführer, er war der erste Liebhaber einer Schauspielertruppe — dann fällt das ganze Verhältnis hin. Soweit dem so ist, kommt es zur Auseinandersetzung nach §§ 730ff.; andernfalls bestimmt sich das Rechtsverhältnis des wegen Leistungsunmöglichkeit Ausgeschiedenen nach §§ 738ff. Teilweise Unmöglichkeit der Leistung des einen bewirkt im allgemeinen auch nur eine Minderung, keinen völligen Wegfall der Pflichten der andern ihm gegenüber; daneben möglicherweise einen wichtigen Kündigungsgrund nach § 723. Für eine völlige Unanwendbarkeit der §§ 323ff. sind die Gegner den ihnen bei dem dargelegten Charakter des Gesellschaftsvertrages als eines gegenseitigen obliegenden Beweis m. E. schuldig geblieben.

d) Von **mehreren Gesellschaftern** kann nicht jeder auf Leistung an sich klagen, da sie nicht Gesamtgläubiger sind; die Leistung hat vielmehr als eine durch ihren Zweck unteilbare von jedem an alle zu geschehen, nach § 432. Folglich kann auch nicht mit dem Gegenanspruch an einen der andern aufgerechnet werden. Dies folgt übrigens auch schon aus der Zweckbestimmung des Vertrages: Die Leistungen sollen ja nicht dem privaten Wohl des einzelnen dienen, sondern dem Gesellschaftszweck. Wer annimmt, daß die Ansprüche auf die Beilagen schon zum Gesellschaftsvermögen gehören (s. oben Nr. 3 und unten Bem. 1 zu § 718), für den ist die Frage schon durch § 719 Abs. 2 entschieden.

5. Denkbar ist auch ein **Vorvertrag** über demnächstige Eingehung eines Gesellschaftsvertrages (pactum de ineunda societate). S. Entsch. d. ROHG. 9 Nr. 14 S. 38. Dagegen mit formalistischen, nicht durchschlagenden Gründen Staub zu § 109 HGB. Anm. 4. Es ist nicht richtig, daß ein derartiger Vertrag, wenn er die Essentialien des Gesellschaftsvertrages enthält, notwendig selbst ein solcher sein muß; entscheidend

ist vielmehr die Parteiabsicht. So auch Goldmann-Lilienthal S. 734, deren „vermittelnder" Ansicht ich durchaus beistimme, da sie dem hier Gesagten überall entspricht, s. das Beispiel dort Anm. 27.

6. **Folgen der Nichtleistung:** Es entscheiden darüber, wie auch über den Verzug, das Verschulden usw. die allgemeinen Regeln. Anwendbar ist dem säumigen socius gegenüber auch § 326 (s. oben Nr. 3). Die Zögerung in der Leistung kann ferner den anderen einen Grund zur vorzeitigen Kündigung im Sinne von § 723 gewähren.

§ 706.

Die Gesellschafter haben in Ermangelung einer anderen Vereinbarung gleiche Beiträge zu leisten.

Sind vertretbare oder verbrauchbare Sachen beizutragen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen. Das Gleiche gilt von nicht vertretbaren und nicht verbrauchbaren Sachen, wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht bloß für die Gewinnverteilung bestimmt ist.

Der Beitrag eines Gesellschafters kann auch in der Leistung von Diensten bestehen.

E. I 630^{1-2}, 631^{1-3}, E. II 646, RB. 693. — Mot. S. 596, Prot. II S. 417.

1. **Verhältnis der Beiträge:** Schon zu § 705 Nr. 2b ist bemerkt, daß die Beiträge der einzelnen Gesellschafter qualitativ und quantitativ verschieden sein können; nur mangels besonderer Bestimmung läßt sie Abs. 1, nach dem Vorbild des HGB. Art. 267, gleich sein, sowohl in Art wie in Umfang.

Auch darüber, daß die Beiträge — ganz oder teilweise — in der Leistung von Diensten bestehen können (Abs. 3), ist schon zu § 705 gehandelt worden.

2. **Rechtliches Schicksal der geleisteten Beiträge:**

a) Sie brauchen nicht notwendig in das Gesellschaftsvermögen zu Eigentum oder zum sonstigen vollen Rechte übertragen zu werden; es genügt vielmehr an sich auch bloße Gebrauchsüberlassung, soweit die Gegenstände damit den Gesellschaftszwecken dienstbar gemacht werden können (z. B. Geschäfts- und Fabriklokale). Möglich ist auch die Bestellung eines Rechtes für die Gesellschaft an der im übrigen dem Gesellschafter verbleibenden Sache.

Was geschehen soll, bestimmt sich ausschließlich nach der Parteiabrede. Nur wegen gewisser Gegenstände ist durch Abs. 2 eine Auslegungsregel gegeben (s. unten b), aus der sich aber auf andere Klassen weder im einen noch im andern Sinne ein Rückschluß ziehen läßt.

b) **Zu Absatz 2:** Die hier gegebene Regel entspricht dem bisher fast überall geltenden Rechte, s. l. 58 pr. D. h. t., Landrecht I, 17, §§ 201—2 (etwas anders), SächsGB. § 1366, Code Art. 1851, besonders aber dem HGB. Art. 91, wo indes die einschränkende Klausel „im Zweifel" fehlte.

Dazu ist zu bemerken:

α) Über den Begriff der **vertretbaren und verbrauchbaren Sachen** s. §§ 91—2 und Bem. dazu. Beide können nach dem Obigen auch eingebracht werden unter Vorbehalt des Eigentums, doch wird alsdann wenigstens bei letzteren die Gesellschaft meist wenig damit anfangen können, sodaß der Gesellschafter mit einer solchen Einbringung vielfach seinen Pflichten aus § 705 noch nicht genügt haben wird. Ausnahmslos trifft das nicht zu.

β) **Bei andern Sachen** gilt die Auslegungsregel nur, wenn sie nach einer nicht bloß für die Gewinnverteilung bestimmten Schätzung beizutragen sind; also auf Grund einer sogen. aestimatio venditionis causa, nicht bloß taxationis causa facta. Ob die Schätzung schon geschehen ist oder erst bei oder nach der Einbringung geschehen soll, macht keinen Unterschied. Daß bei überhaupt vereinbarter Schätzung für eine solche venditionis causa vermutet wird, ergibt die Natur der Sache und der Wortlaut („die nicht bloß für . . . .").

3. **Rechtscharakter der Einbringung; Eigentumsübergang:** Die Veräußerung geschieht nicht auf Grund von Kauf oder Hingabe an Zahlungsstatt, sondern in Erfüllung der aus dem besonderen Gesellschaftsvertrag übernommenen Verpflichtungen, so auch Staub, Exkurs zu § 122 Anm. 10. Trotzdem finden wegen der Haftung für rechtliche wie tatsächliche Mängel auf Grund der §§ 445, 493 die Regeln des Kaufrechtes entsprechende Anwendung. Anders Titze, Unmöglichkeit S. 316 auf Grund der Meinung, daß der Gesellschaftsvertrag kein gegenseitiger Vertrag sei (s. dagegen Nr. 4 b zu § 705); die Folgerung steht und fällt mit ihrer Grundlage. Zuzugeben ist nur, daß die besondere Haftungsabmilderung für die Gesellschafter nach § 708 auch bei den hier in Frage stehenden Ansprüchen, soweit es dabei überhaupt auf die Schuldfrage ankommt, anzuwenden ist. Das ergibt sich daraus, daß die Regeln der Verkäuferhaftung auf die Haftung des Gesellschafters nur entsprechende, durch die besondere Natur des Gesellschaftsvertrages beeinflußte Anwendung finden.

Bei den nur quoad usum einzubringenden Sachen wird man wegen der Haftung für Fehler usw. die Regeln des Mietrechtes entsprechend verwerten können, aber natürlich auch nur „entsprechend" und unter Berücksichtigung der Eigenart des Gesellschaftsverhältnisses in bezug auf Haftung, Dauer usw. So ist (ähnlich Planck Nr. 2) zu vermitteln zwischen Knoke S. 30, der die Anwendung der Mietregeln allgemein bejaht, und Kipp aaO. S. 731, der sie (s. auch Mot. S. 600) völlig verwirft.

Über die **Form** des Eigentumsüberganges ist hier nichts besonderes bestimmt, es gelten die allgemeinen Regeln; der das aussprechende § 631 Abs. 3 Entw. I ist als entbehrlich gestrichen. Abgelehnt ist insbesondere die Regel des Gemeinen (l. 2 D. h. t.) und Sächsischen (§ 1389) Rechts, wonach bei der allgemeinen Vermögensgesellschaft der Eigentumsübergang ipso iure schon auf Grund des Gesellschaftsvertrages stattfinden soll, Mot. S. 599; auch die zum Teil weitergehenden Sätze des HGB. Art. 91 sind nicht wiederholt. — Somit erfordert die Übereignung von Grundstücken Auflassung und Eintragung im Grundbuch; diejenige von Mobilien die Übergabe oder einen der sie nach §§ 930—1 ersetzenden Akte, von denen das constitutum possessorium hier nicht selten sein wird. Natürlich ist der Einbringende auch zur Mitwirkung bei diesen Übertragungsakten verpflichtet.

Das Gesagte gilt auch, wenn die fraglichen Gegenstände bisher im gewöhnlichen Miteigentum der Genossen standen; ihre Einbringung in das gesamthänderische Gesellschaftseigentum bedeutet eine wesentliche Änderung des bisherigen Rechtsverhältnisses, s. auch oben zu § 313 Nr. 2 cd.

4. Was **die Gefahr der eingebrachten Stücke** anlangt, so geht sie bei der sogen. societas quoad sortem mit dem Eigentumsübergang auf die Gesellschaft über; bis dahin und bei der bloßen societas quoad usum überhaupt trifft die Gefahr den Einbringenden. (Anders Kuhlenbeck zu § 705 Nr. 3, der unter Berufung auf l. 58 pr. § 1 D. 17,2 den Vertragsschluß entscheidend sein läßt. Das mochte in der Tat für das Römische Recht zutreffen, harmoniert auch mit dem Satze periculum est emtoris, aber nicht mit einem Recht, das diesen abgeschafft hat. Vielmehr muß mangels besonderer Bestimmung jetzt das Prinzip des § 323 angewendet werden. So auch Cosack § 277, I, 2 b, Goldmann-Lilienthal S. 742, Staudinger III d, Planck Nr. 2 a. E.) Zwar ist er in diesen Fällen nicht ohne weiteres zur Lieferung von Ersatzstücken verpflichtet, verliert aber alsdann, da er hinfort kein Leistender mehr ist, auch den Anspruch auf die Gegenleistung (Windscheid § 406 No. 4) oder gibt doch mindestens den andern nach § 723 ein Kündigungsrecht. Anders Goldmann-Lilienthal aaO.: Der socius habe bei der societas quoad usum durch die Einbringung seine Pflicht erfüllt; ihn treffe nur die Gefahr des eingebrachten Stückes, nicht die seiner Benutzung. Das ist verfehlt: Der Beitrag besteht in solchen Fällen nicht nur im einmaligen Einbringungsakt, sondern, wie beim Vermieter, in der dauernden Gebrauchsüberlassung.

§ 707.

Zur Erhöhung des vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet.

E. I 630³, E. II 647, RV. 694. — Mot. 597—8, Prot. II S. 417.

1. **Allgemeines**: Die Bestimmung des § 707 entspricht dem fast überall bisher geltenden Recht, s. Code Art. 1845 ff., SächsGB. § 1372, insbesondere aber dem HGB. Art. 92; bei übrigens gleicher Grundlage zum Teil abweichend freilich Landrecht I, 17, §§ 190—7.

Die Regel greift schlechthin Platz, auch wenn der Gesellschaftszweck die Nachschüsse erheischen sollte und mangels solcher etwa unmöglich würde (§ 726). Jedoch hat sie natürlich nur Bedeutung für das Verhältnis der Sozien untereinander, nicht für das zu den Gläubigern. S. auch die Ausnahme in § 735.

Daß der Satz ferner nur dispositiv ist und sowohl im ursprünglichen Vertrage wie später beseitigt oder modifiziert werden kann, liegt auf der Hand. So auch Mot. S. 597.

2. Der § 706 unterscheidet zwischen **Beiträgen** und **Einlagen** und fordert damit zur Klarstellung ihres Verhältnisses heraus, s. dazu Goldmann-Lilienthal S. 735: sie erachten die erst zu bewirkenden Leistungen als Beiträge, die bereits bewirkten als Einlagen. Daran ist zweifellos soviel richtig, daß als Einlage nur der geleistete und dadurch ins Gesellschaftsvermögen übergeführte Betrag gilt. Aber ob jeder derartige Beitrag? Es ist zu bezweifeln. Bei der Leistung von Diensten wäre eine solche Annahme sinn- und sprachwidrig. Einlage ist vielmehr nur ein solcher geleisteter Beitrag, der in Kapital besteht (ähnlich Riezler, ArchBürgR. 27 239: Einlage ist ein Beitrag mit Verkehrswert). Allerdings redet § 733 Abs. 2 Satz 3 auch von Dienstleistungen als Einlagen, aber er behandelt sie charakteristischerweise praktisch nicht als solche, indem er einen Ersatzanspruch deswegen ablehnt. Man wird mit Staub (Exkurs zu § 123 Anm. 3) den Ausdruck des § 733 cit. als ungenau erachten, als abusive für „Beiträge" gebraucht. Dafür spricht auch, daß § 733 von Einlagen redet, die „. . . . . bestanden haben", nicht die „bestehen", was nur für Beiträge paßt.

3. Erforderlich ist für die Anwendung des § 707, daß die verlorene Einlage bereits wirklich in das Gesellschaftsvermögen eingebracht war. Freilich wird der Sozius auch bei Verlust der bloß versprochenen, speziell bestimmten Einlage in der Regel frei, aber nicht aus § 707, sondern auf Grund der allgemeinen Regeln über Unmöglichkeit der Leistung und so, daß dadurch nach § 323 auch die Verpflichtungen der andern berührt werden. Dagegen bleiben die letzteren bei einem Verlust der bereits endgültig vollzogenen Einlage ungeschmälert bestehen, es müßte denn der Fall des § 726 eingetreten sein, s. auch Bem. 4 a. E. zu § 706.

4. Der § 707 lehnt nur eine **Verpflichtung** der Gesellschafter zu Nachschüssen ab. Dagegen liegt für die Regel der Fälle kein Grund vor, ihnen das **Recht** zur Vornahme von solchen zu beschränken. Das ist klar, wenn es sich nur um Ergänzung der verminderten Einlage handelt; aber auch zu einer direkten Erhöhung derselben wird man den Sozius entgegen den Mot. S. 597 solange für befugt erachten, als dadurch nicht (ausnahmsweise) die Interessen der Gesellschaft geschädigt werden, etwa durch unverhältnismäßige und überflüssige Kapitalanhäufung. Sonst eine „Vertragsverletzung" in der Erhöhung zu sehen, ist eine mehr originelle als beweiskräftige Idee der Motive.

So auch Matthiaß S. 624, Staudinger Nr. III. Anders ohne durchschlagende Gründe die meisten, so Cosack § 277, 1, 6, Crome § 281 Anm. 55, Knoke S. 31, Planck Nr. 1 a. E., Rettig, Stille und bürgerliche Gesellschaft S. 25.

5. Aus § 707 dürfte folgen, daß während der Gesellschaft kein Gesellschafter die andern persönlich auf Auslagenersatz in Anspruch nehmen kann, sondern nur das Gesellschaftsvermögen. Denn andernfalls nötigte er sie ja zur Erhöhung ihrer Beitragspflicht. So auch Kretz aaO. (s. vor § 705) S. 93.

Die Erstattungsansprüche der einzelnen (z. B. nach § 713) richten sich somit während der Dauer der Gesellschaft überhaupt nicht sowohl auf Leistung, als vielmehr nur auf Duldung einer entsprechenden Entnahme aus dem Gesellschaftsvermögen.

§ 708.

Ein Gesellschafter hat bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

E. I 633, E. II 648, RV. 695. — Mot. S. 601—2, Prot. II S. 418—20.

1. Das BGB. hat hier eine der seltenen Ausnahmen vom Haftungsmaßstab des § 276 vollzogen; dies in Bestätigung des bereits überall geltenden Rechtszustandes, s. l. 72 D. h. t., Landrecht aaO. §§ 211—4, SächsGB. § 1371, insbesondere auch HGB. Art. 94.

Über den Umfang des hiernach zu vertretenden Verschuldens s. auch § 277 und Bem. dazu.

2. Die Haftungsbeschränkung greift Platz nur wegen der dem Gesellschafter als solchem obliegenden Verpflichtungen, nicht wegen etwaiger besonderer Pflichten, die er der Gesellschaft gegenüber als einzelner — nicht im Sinne von Beiträgen — übernommen hat, z. B. wegen der von ihm der Gesellschaft verkauften oder vermieteten Gegenstände, s. Mot. S. 602.

Dagegen wird für die Anwendung von § 708 nicht erfordert, daß der Betreffende gerade geschäftsführender Gesellschafter ist (im Sinne von § 712); auch bei bloßer Übernahme eines besonderen Auftrages für die Gesellschafter haftet der socius in der milderen Weise, Staub, Exkurs zu § 122 Anm. 15. Insbesondere kommt sie auch zur Anwendung wegen der dem Sozius obliegenden Beiträge, s. auch Nr. 3 zu § 706.

3. Daß die Vorschrift **einer anderweiten Abrede weiche**, ist unbedenklich anzunehmen. So auch die bisherige handelsrechtliche Praxis, Staub, Exkurs zu § 122 Anm. 19.

4. Liegt ein nach dem Gesagten **zu vertretendes Verschulden** eines Gesellschafters vor, so haftet er der Gesellschaft, d. h. allen Gesellschaftern in ihrer Vereinigung — nicht etwa den einzelnen — auf vollen Ersatz nach den gewöhnlichen Regeln.

Vorbemerkung vor § 709.

Die §§ 709—13 beziehen sich auf die Fragen nach dem Recht zur Geschäftsführung im internen Verhältnis; die Vertretungsbefugnis dritten gegenüber regelt sich nach §§ 714—5.

§ 709.

Die Führung der Geschäfte der Gesellschaft steht den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu; für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.

Hat nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden, so ist die Mehrheit im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen.

E. I 634—5, E. II 649, RB. 696. — Mot. S. 602—3, Prot. II S. 420—1.

1. **Allgemeines**: Nach den meisten bisherigen Rechten mußten zu allen Geschäften der Gesellschaft im Prinzip alle Gesellschafter mitwirken: der einzelne konnte für die societas wirksam handeln nur kraft einer, im Gesellschaftsvertrage nicht ohne weiteres zu findenden, generellen oder speziellen Vollmacht, s. für das Gem. Recht Windscheid § 407 No. 6, SeuffA. 12 Nr. 270 S. 356, ferner Landrecht aaO. §§ 206—7, SächsGB. § 1367.

Dagegen ließen der Code Art. 1859 und das HGB. Art. 102 (jetzt § 115) mangels besonderer Bestimmung jeden Gesellschafter allein wirksam für die Gesellschaft handeln.

Das BGB. hat das erstere Prinzip als das dem Wesen der nicht kommerziellen Gesellschaft allein entsprechende aufgenommen, Mot. S. 602. Es spricht aber zugleich in Abs. 2 sowie den folgenden §§ 710ff. aus, daß die Regel nur einen dispositiven Charakter haben und hinter einer — wohl nur in den seltensten Fällen fehlenden — besonderen Abmachung zurückstehen soll. Solche kann, wenn sie nicht das gesetzliche Prinzip einfach übernimmt, von dreifacher Art sein: Überweisung der Geschäftsführung an Mehrheitsbeschlüsse (§ 709 Abs. 2); an einzelne Gesellschafter ausschließlich (§ 710); an jeden einzelnen selbständig (§ 711).

Davon abgesehen muß jeder Geschäftsführungsakt (s. unten Nr. 2) entweder von allen gemeinsam vorgenommen oder seine Vornahme doch von allen beschlossen werden; dies besagt das Erfordernis der „Zustimmung" in Abs. 1. Nicht gemeint ist damit

eine Zustimmung im Sinne des § 182. Der Unterschied ist wichtig, weil mit der Geschäftsführungs- auch die Vertretungsbefugnis Hand in Hand geht (§ 184). Hier bedeutet das Erfordernis der „Zustimmung" im Sinne des Textes die Notwendigkeit gemeinsamen Auftretens unter Erfüllung der etwa vorgeschriebenen Form, s. auch Planck Nr. 1b. Wegen Fehlens der Zustimmung s. unten Bem. 3.

2. **Die Geschäftsführung** im Sinne dieses und der folgenden Paragraphen besteht nicht nur im Abschluß von Rechtsgeschäften, sondern von „Geschäften" aller Art im wirtschaftlichen Sinne, also auch in tatsächlichen Leistungen und Verrichtungen, ähnlich wie bei der „Geschäftsbesorgung" im Sinne des Auftrages, s. Vorbem. vor § 662. Jedoch ist gerade bei den bloß faktischen Akten des täglichen Lebens (Korrespondenz u. dergl.) die Zustimmung aller Sozien, auch ohne einen besonderen vorgängigen Beschluß, vielfach zu unterstellen. Aber auch zu den kleineren, zum laufenden Geschäftsbetriebe notwendigen Rechtsgeschäften wird vielfach jeder einzelne auf Grund des Gesellschaftsvertrages als solchen ohne weiteres für ermächtigt gelten dürfen, ferner kann im regelmäßigen bewußten Geschehenlassen derartiger Handlungen durch die andern Gesellschafter eine stillschweigende Vollmachtserteilung an den Handelnden zu finden sein.

Zweifelhaft ist, ob zur „Geschäftsführung" auch die Eintreibung der Beiträge gehöre. Dagegen z. B. Planck, Vorbem. vor § 709, dafür Enneccerus S. 730 Anm. 1, Kisch bei Grünhut **29** 360, weitere Angaben bei Neumann I S. 420. Entscheidend ist die Vorfrage, ob die versprochenen Beiträge zum Gesellschaftsvermögen zu rechnen sind, s. dazu die (verneinende) Erörterung bei § 718 Nr. 1.

3. **Verweigert ein Gesellschafter die** nach Abs. 1 nötige Zustimmung zu einem Geschäft, so kann dasselbe nicht nur nicht gültig zustande kommen, sondern die andern machen sich durch seine Vornahme auch der Gesellschaft gegenüber verantwortlich, und zwar nicht nur nach § 708, sondern nach den gewöhnlichen Regeln. Denn wenn sie ein Geschäft zustimmungslos schlossen, steht nicht die Erfüllung der ihnen obliegenden Pflichten in Frage, sie taten vielmehr etwas, was sie nach dem Gesellschaftsverhältnis überhaupt nicht tun durften. Ob der sich Weigernde zur Erteilung der Zustimmung, event. durch Klage, gezwungen werden kann und sich durch unbegründete Weigerung der Gesellschaft ersatzpflichtig macht, bestimmt sich danach, ob er sich im Gesellschaftsvertrage oder sonst zur Erteilung von Zustimmungen der in Frage kommenden Art bereits verpflichtet hat, mangels solcher Verpflichtung danach, ob in der Weigerung geradezu ein Verstoß gegen die übernommene Vertragspflicht im Sinne von §§ 705, 708 zu finden ist. Soweit das nicht der Fall, also z. B. bei bloßen Zweckmäßigkeitsfragen, ist Zwang zur Erteilung der Zustimmung nicht am Platze; höchstens gewährt das andauernd renitente Benehmen den andern das Kündigungsrecht des § 723.

Noch weniger weit gehen Goldmann-Lilienthal S. 744, auch Cosack § 277, II, 1a: § 709 soll den § 705 sogar zurückdrängen; der durch letzteren gewährte Anspruch auf Förderung der Gesellschaftszwecke gehe wegen § 709 nicht auch auf den besonderen Fall der Förderung durch Zustimmung. Aber wo steht das? Nur für die Wirksamkeit und Zulässigkeit des Geschäfts ist die Zustimmung erfordert, aber über die Frage, wieso diese Zustimmung von den andern vertragsmäßig erheischt werden könne, will und kann § 709 nicht abreden; das bestimmt sich nach den sonstigen Regeln. Es kommt doch auch sonst häufig vor — man denke an den Vorvertrag, die Wandlung — daß jemand verpflichtet ist, die zum Eintritt eines Rechtserfolges unerläßliche Zustimmung zu erteilen. Goldmanns Verweisung auf die Ersatzpflicht aus § 708 bei schuldhaft sachwidriger Zustimmungsweigerung reicht nicht aus; es muß auch ein Mittel geben, die nur objektiv unberechtigte zu brechen.

Auf dem Boden der hier vertretenen Ansicht stehen, mehr oder minder entschieden, Dernburg § 358, III 1, Knoke S. 57, Planck Nr. 1 Abs. 1, anders wiederum Staudinger II, 2.

4. **Die Vereinbarung des Abs. 2**, wonach Mehrheitsbeschlüsse entscheidend sind, kann wieder verschieden gestaltet sein; sie kann im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage oder durch späteren Nachtrag (der Wortlaut ist nur anscheinend bedenklich) vollzogen werden; sich auf alle Geschäfte oder auch nur auf gewisse Arten beziehen (etwa die „laufenden", „gewöhnlichen"). Ferner kann die entscheidende Mehrheit verschieden bestimmt sein: absolute, relative, qualifizierte; auch kann die Höhe der Beiträge für das Stimmrecht entscheidend gemacht werden.

Daraus, daß die Mehrheit entscheidet, folgt im allgemeinen durchaus noch nicht, daß sie auch von vornherein ohne die Minderheit allein beraten darf.

5. Soweit nach §§ 709—11 einzelne Gesellschafter mit Wirkung für die Gesellschaft handeln können und dabei dritten Schaden zufügen, haften diesen unter den Voraussetzungen des § 831 (s. dazu § 840) auch die andern Gesellschafter.

6. Die Übernahme der Geschäftsführung bezw. die Beteiligung daran ist im allgemeinen nicht nur Recht, sondern auch Pflicht des Gesellschafters, er kann sich nicht durch Kündigung der ihm obliegenden entziehen, selbst aus „wichtigem Grunde" zwar vielleicht die Gesellschaft als solche, aber nicht unter Verbleiben darin die Geschäftsführung allein kündigen, so auch Goldmann-Lilienthal S. 745 und die dort No. 20 zitierten sowie unten zu § 712 Anm. 1. Dafür sprechen auch innere Gründe: die gewöhnliche gesetzliche Geschäftsführung ist im Gegensatz zu der besonders übernommenen Konsequenz der allgemeinen Vertragspflicht, die der einzelne nicht wohl einseitig herabzumindern befugt sein kann.

§ 710.

Ist in dem Gesellschaftsvertrage die Führung der Geschäfte einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen, so sind die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Ist die Geschäftsführung mehreren Gesellschaftern übertragen, so finden die Vorschriften des § 709 entsprechende Anwendung.

E. I 636, E. II 650, RV. 697. — Mot. S. 603—4, Prot. II S. 420—1.

1. Möglicherweise kann, von vornherein oder später, ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen, allen, mehreren oder einem einzigen von den Gesellschaftern **die Geschäftsführung übertragen werden.** Dies wieder entweder unbeschränkt, oder nur unter Beschränkung auf gewisse Arten von Geschäften, z. B. die gewöhnlichen, auf die das HGB. § 116 überhaupt allein abstellt. Daß sich die im Sinne von § 710 gewährte Befugnis, selbst als unbeschränkte, nicht auf dem Zwecke der Gesellschaft fremde Geschäfte beziehen kann, liegt auf der Hand, so auch Mot. S. 604.

2. Unter den etwaigen **mehreren führenden Gesellschaften** greift wieder das Prinzip des § 709 durch: also Einstimmigkeit und nur bei besonderer Feststellung im Vertrage Majorisierung, s. das zu § 709 Gesagte. Auch hierin liegt ein Unterschied vom HGB., das in § 115 jeden geschäftsführenden Gesellschafter allein zum Handeln befugt sein läßt.

3. Mit dem Recht ist hier erst recht eine Pflicht zur Vornahme der besonders übertragenen Geschäftsführung verbunden. Das folgt a fortiori aus dem zu § 709 Nr. 6 Gesagten sowie aus § 713. Allerdings kann aus wichtigem Grunde der Geschäftsführer nach § 712 Abs. 2 kündigen, s. Bem. 1 dazu.

§ 711.

Steht nach dem Gesellschaftsvertrage die Führung der Geschäfte allen oder mehreren Gesellschaftern in der Art zu, daß jeder allein zu handeln berechtigt ist, so kann jeder der Vornahme eines Geschäfts durch den anderen widersprechen. Im Falle des Widerspruchs muß das Geschäft unterbleiben.

E. I 637, E. II 651, RV. 698. — Mot. S. 604, Prot. II S. 420—1.

1. Die vierte und letzte Möglichkeit bei der Geschäftsführung ist **die Berechtigung aller Gesellschafter oder auch eines Teiles von ihnen in solidum:** jeder kann allein mit Wirksamkeit gegenüber allen handeln; aber auch die andern können es neben ihm, infolgedessen auch seinen Handlungen widersprechen. In letzterem Fall geht nach Satz 2, wie beim Römischen Miteigentum, das eine ähnliche Berechtigung des einzelnen hatte, und nach dem HGB. Art. 100 Abs. 2 und 102 (jetzt § 115) der Widerspruch vor („melior est causa prohibentis"); das Geschäft muß also, wenn noch nicht vollzogen, unterbleiben. Rückgängigmachung des bereits geschlossenen kann der widersprechende Gesellschafter nicht verlangen, auch wohl nicht der Erfüllung des

einmal geschlossenen Vertrages widersprechen — denn sie vollzieht sich auf Grund von Rechtszwang, nicht mehr von freiem Willen.

Wird die Handlung trotz des Widerspruches vorgenommen, so dürfte sie gemäß § 714 und angesichts des gewählten Ausdrucks „muß" nach außen unwirksam sein (s. über die Muß-Vorschriften Planck I S. 28), anders als nach dem HGB., verpflichtet aber außerdem den Handelnden möglicherweise zum Schadenersatz. Anders freilich Wach, Beweislast (Dekanatsprogramm) S. 25, Staub zu § 115 Nr. 1 c Staudinger Nr. 2, die nach außen Gültigkeit annehmen und nur mit der Ersatzpflicht aushelfen wollen, anscheinend auch Goldmann-Lilienthal S. 747. Wie hier Planck. Daß die Frage zweifelhaft sei, ist zuzugeben. Aber man beachte: für die externe Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, die ein Gesellschafter vornimmt, ist § 714 maßgebend; dieser grenzt die Vollmacht nach außen entsprechend der Befugnis nach innen ab, und eine solche Befugnis liegt gegenüber dem erfolgten Widerspruch nicht mehr vor.

Andererseits kann auch der unbegründete, der Gesellschaft abträgliche Widerspruch eine Verletzung der dem einzelnen gegenüber der Gesellschaft obliegenden Pflichten enthalten und den Widersprechenden ersatzpflichtig machen, §§ 705, 708.

2. Auch § 711 weicht anderweiter Abrede, die sowohl im ursprünglichen Vertrage wie später, ausdrücklich oder stillschweigend — durch wissentliche Duldung einer derartigen Geschäftsführung seitens der andern — getroffen werden kann.

3. § 711 stellt offenbar zwingendes Recht dar, das ergibt die kategorische Form und die Erwägung, daß die gegenteilige Annahme mit dem Wesen der Gesellschaft schwerlich in Einklang zu bringen wäre. So auch Kuhlenbeck Nr. 1, Knoke S. 59, Staudinger Nr. 4. Anders Goldmann-Lilienthal S. 747 Anm. 31, der mit § 712 Abs. 1 aushelfen will.

§ 712.

Die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugnis zur Geschäftsführung kann ihm durch einstimmigen Beschluß oder, falls nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen entscheidet, durch Mehrheitsbeschluß der übrigen Gesellschafter entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung.

Der Gesellschafter kann auch seinerseits die Geschäftsführung kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; die für den Auftrag geltenden Vorschriften des § 671 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung.

E. I 638, E. II 652, RV. 699. — Mot. S. 605—6, Prot. II S. 421—2.

1. **Allgemeines:** § 712 handelt vom Wegfall der einem Gesellschafter — allein oder neben andern — im Sinne der §§ 710—1 zustehenden **besonderen** Geschäftsführungsbefugnis. Dagegen **der gewöhnliche Anteil** an der Geschäftsführung aus § 709 kann nicht in der hier darzustellenden Weise entzogen oder gekündigt werden; denn insoweit liegt keine „durch den Gesellschaftsvertrag übertragene" Geschäftsführung vor, s. auch Bem. 6 zu § 709. Zweifelhaft kann sein, ob das Recht, sich im Sinne von § 709 Abs. 2 an einem Mehrheitsbeschlusse zu beteiligen, entzogen werden darf. Indes wird man m. E. in der dem socius überlassenen Befugnis, gemeinsam mit andern eine ausschlaggebende Mehrheit bilden zu können, schwerlich eine „Uebertragung der Geschäftsführung" zu erblicken haben.

2. **Absatz 1:** a) Die einem Gesellschafter zustehende Geschäftsführungsbefugnis **kann** ihm **entzogen** werden, wenn ein **wichtiger Grund** dafür vorliegt. Als Beispiele eines solchen führt das Gesetz selbst an grobe Pflichtverletzung und Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung (so auch HGB. § 117), ohne damit andere ausschließen zu wollen, insbesondere werden vielfach auch die bisherigen Gründe des Handelsrechtes (Art. 101 in Verbindung mit 125 Nr. 2—5) paradigmatisch verwertbar

sein. Jedoch kommt es hier überall auf die Würdigung des Einzelfalles an, während die am Schlusse des Abs. 1 aufgeführten Gründe schlechthin die Entziehung rechtfertigen. Dabei dürfte die grobe Pflichtverletzung in objektivem Sinne zu verstehen sein, Weyl, Verschuldensbegr. S. 246, mit „grober Fahrlässigkeit" hat sie nichts zu tun.

b) Zur **grundlosen Entziehung** dagegen ist die Gesellschaft nicht berechtigt; gegenüber dem Landrecht § 210, aber wie in den anderen modernen Rechten, ist die Geschäftsführungsbefugnis im BGB. nicht als widerrufliches Mandat, sondern als ein wohlerworbenes gesellschaftliches Sonderrecht aufgefaßt, s. Mot. S. 605.

c) die Entziehung geschieht **durch Beschluß der „übrigen" Gesellschafter**; der Betreffende wirkt also, wie natürlich, nicht mit, während andererseits sogar die sonst von der Geschäftsführung ausgeschlossenen dabei beteiligt sind. Ob für den Beschluß Einstimmigkeit der Stimmberechtigten erfordert wird oder Mehrheit genügt, richtet sich nach § 709 Abs. 1 2, im Zweifel ist also ersteres der Fall. — Der sachlich unbegründete Entziehungsbeschluß ist natürlich wirkungslos.

d) **Fügt der Betreffende sich** dem Beschlusse nicht freiwillig, so kann gegen ihn Klage erhoben werden, event. in Verbindung mit einem Antrage auf einstweilige Verfügung, s. Entsch. d. R.G. Bd. 22 Nr. 33 S. 170. Das ergehende Urteil ist dann jedoch nur deklaratorisch, nicht konstitutiv.

e) Kann im Gesellschaftsvertrage gültig **auf das Entziehungsrecht von vornherein verzichtet werden?** So für das bisherige Handelsrecht Staub zu Art. 101 § 5. beschränkter jetzt zu § 115 Anm. 5. Von einer vollen Verzichtbarkeit kann für das BGB. keinenfalls die Rede sein, einmal wegen des kategorischen Wortlautes, dann aber und vornehmlich aus der Erwägung, daß das Gegenteil gegen das Wesen und die Zwecke der Gesellschaft gröblich verstoßen würde, mindestens soweit dadurch einem dolosen Benehmen des Geschäftsführers ein Freibrief geschaffen werden soll. Das möchte sogar gegen § 138 verstoßen. Dagegen glaube ich allerdings mit Staubs neuerer Lehre, daß eine vertragsmäßige nähere Präzisierung, Erweiterung, oder Einengerung der „wichtigen Gründe" nicht ohne weiteres unwirksam ist.

3. **Absatz 2:** Umgekehrt kann auch **der Gesellschafter** die Geschäftsführung **aus wichtigem Grunde kündigen**; indem dabei auf die entsprechenden Sätze des Auftrages verwiesen wird, erscheint auch das dort zu § 671 Nr. 1b über den Begriff des wichtigen Grundes Gesagte hier verwertbar.

Ferner ergibt die Verweisung, daß die Kündigung mangels eines auch dies rechtfertigenden wichtigen Grundes nicht in dem Sinne des § 671 Abs. 2 unzeitig erfolgen darf, bei Vermeidung von Schadensersatzpflicht, andererseits aber ex iusta causa sogar trotz etwaigen Verzichtes statthaft ist.

4. **Wirkungen der Entziehung und Kündigung auf das Gesellschaftsverhältnis:** Darüber bestimmt in erster Linie der Vertrag; enthält er nichts, so treten fortan die gesetzlichen Bestimmungen des § 709 ein. Dies auch, wenn noch ein anderer zur Geschäftsführung Berufener übrig ist; denn es erschiene bedenklich und dem vermutlichen Willen der Gesellschafter widersprechend, wenn dessen bisher nach § 710 an die Zustimmung des andern Geschäftsführers gebundenes oder doch mindestens nach § 711 durch Widerspruchsmöglichkeit beschränktes Recht nach Wegfall des andern zu einem unbeschränkten erweitert würde. So auch Knoke S. 65.

5. War einem Gesellschafter nicht geradezu die Geschäftsführung als Sonderrecht zugestanden, sondern nur durch allgemeinen oder besonderen **Auftrag übertragen**, so ist dieser natürlich nach den Regeln des gewöhnlichen Auftrages widerruflich. Was vorliegt, ist Tatfrage; es kommt weniger auf die Zeit der Übertragung an, als darauf, ob die Übertragung einen Teil des Gesellschaftsvertrages bilden, dem damit Betrauten gerade als Gesellschafter gegeben werden sollte; s. auch M. S. 605.

§ 713.

Die Rechte und Verpflichtungen der geschäftsführenden Gesellschafter bestimmen sich nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 bis 670, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergibt.

E. I 639, E. II 653, RV. 700. — Mot. S. 606—9, Prot. II S. 422—4.

1. **Allgemeines**: Es handelt sich hier nicht sowohl um die Dauer (darüber s. § 712), als um den **Inhalt** der Rechte und Pflichten der Geschäftsführenden. Es sollen dafür im allgemeinen die im Text angezogenen Sätze über den Auftrag maßgebend sein, aber nur, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis — sei es auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen, sei es auf Grund des besonderen Vertrages — ein anderes ergibt.

2. Dies Prinzip führt **im einzelnen** zu folgenden Folgesätzen:

a) im Zweifel Befugnis zur Zuziehung von Gehilfen, aber nicht von Substituten; Haftung für beide nach § 664, aber unter Beschränkung auf culpa in concreto.

b) unter Umständen Recht der Abweichung von den Gesellschaftsbeschlüssen, § 665.

c) Pflicht zur Auskunftserteilung wie nach § 666, zur Rechenschaftslegung aber nur nach § 721; letzteres gilt auch von der Herausgabepflicht (§ 667).

d) Verzinsungspflicht wegen des im eigenen Interesse verwendeten Geldes, § 668.

e) Anspruch auf Vorschuß, § 669, aber vorerst nur aus dem Gesellschaftsvermögen einschließlich der zu diesem geschuldeten Beiträge (s. § 707 und unter Nr. 5); weitere Ansprüche erst bei der Auseinandersetzung, s. §§ 733, 735; so auch Entsch. d. ROHG. 13 Nr. 51 S. 143 ff.

f) Erstattungsansprüche im Sinne von § 670. Daß der Gesellschafter insbesondere den ihm bei der Geschäftsführung zustoßenden Schaden von den Genossen ersetzt verlangen kann, ist nicht nur im Gem.R. (ll. 52 § 4, 60 § 1, 61 D h. t.), sondern auch im Landrecht § 227 und SächsGB. § 1376 anerkannt. Weniger weit gehen der Code Art. 1852 und das HGB. Art. 93 (§ 110). Das BGB. enthält darüber nichts besonderes; es kommen also die zu § 670 entwickelten Grundsätze auch hier zur Geltung, wonach jedenfalls für die Schulden Ersatz beansprucht werden kann, die nach den dort angegebenen Gesichtspunkten wegen ihres inneren Zusammenhanges mit der Geschäftsführung als solcher zu den Aufwendungen zu rechnen sind. Für noch weitere Haftung Unger aaO. S. 339, s. auch Rettig, Stille und bürgerliche Gesellschaft S. 23, gegen dieselbe Mot. S. 609. Zu Gunsten der Haftung in dem hier abgegrenzten Sinn kann man auch die Analogie des Handelsrechts verwerten, wonach für die Verluste aus mit der Geschäftsführung unzertrennlich verbundenen Gefahren die Gesellschaft dem Geschäftsführer ersatzpflichtig sein soll. Mit Knoke S. 69 aus dieser Sonderbestimmung ein argumentum a contrario für die Gesellschaft des Bürg. Rechts zu ziehen, dafür dürfte es an einem genügenden Grunde fehlen. Auch für diesen Anspruch gilt das zu e Gesagte.

3. **Anspruch auf Honorar** hat der führende Gesellschafter ebensowenig wie der Beauftragte; er findet seine Deckung normalerweise im Anteil am Gesellschaftsgewinn. Natürlich steht aber der Zubilligung eines besonderen Honorars nichts im Wege; so auch, trotz des HGB. Art. 93 Abs. 3, schon das ROHG. Bd. 3 Nr. 52 S. 230. Unter Umständen wird es selbst stillschweigend als zugebilligt gelten können, so wenn dem Geschäftsführer außergewöhnliche, nicht von vornherein voraussehbare Dienste zugemutet werden, so auch Landrecht § 229.

4. **Für die Folgen seines** nach § 708 vertretbaren **Verschuldens** haftet der Gesellschafter nach allgemeinen Grundsätzen auf Schadensersatz. Ob und inwieweit er dagegen den durch andere Geschäfte der Gesellschaft zugewendeten Nutzen in Anrechnung bringen könne (compensatio lucri cum damno), wird nach dem Vorgang des Römischen Rechtes (l. 23 § 1 D 17,2) von manchen modernen Rechten (Landrecht § 215, Code Art. 1850, HGB. Art. 94) besonders bestimmt — und verneint. Das BGB. ist dem geflissentlich nicht gefolgt, Mot. S. 608; es kommen für die Frage die Erörterungen oben vor § 249 Nr. 5 in Betracht. Nur ist die Anrechnung hier in der Regel schon deshalb ausgeschlossen, weil der Sozius mit den andern, nutzbringenden Maßnahmen lediglich seine ohnedies vorhandene Pflicht erfüllt hat.

5. **Subjekte der Rechte und Pflichten** dem Geschäftsführer gegenüber sind zwar in letzter Linie die andern Gesellschafter, aber nicht als Individuen, sondern nur in ihrer gesamthänderischen Vereinigung, deren ökonomischen Niederschlag das Gesellschaftsvermögen bildet. In diesem Sinne kann man auch sagen, daß der Geschäftsführer „die Gesellschaft" zur Gläubigerin und Schuldnerin habe, sofern man damit nur nicht die Idee einer von den Sozien getrennten juristischen Person verbindet. Nur so dürften auch die von „der Gesellschaft" redenden handelsrechtlichen Sätze zu verstehen sein.

Ebenso in der Sache Knoke S. 36, 70, Cosack § 277, II, 1c, Staub, Anm. 56, der mit Recht annimmt, daß daher auch die Klage nur gegen alle Gesellschafter auf Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen gerichtet werden könne. Anders Kreß (s. vor § 705), der aus konstruktiven Gründen nur die einzelnen Gesellschafter als Individuen haftbar sein läßt, S. 36, 70. Aber wenn auch er nur Befriedigung der hier in Rede stehenden Ansprüche aus dem Gesellschaftsvermögen annimmt, so entfernt er sich so sehr von seinem theoretischen Ausgangspunkt, daß dieser schwerlich haltbar bleibt.

Dementsprechend und gemäß § 707 (s. Nr. 5 dazu) kann der regreßberechtigte Gesellschafter zunächst nur das Gesellschaftsvermögen einschließlich der diesem gegen die Sozien etwa zustehenden Ansprüche auf Auslagen, Schadensersatz usw. angreifen (§ 733); die Sozien persönlich nur nach Maßgabe von § 725.

Das wird auch allgemein zugegeben. Eine Ausnahme ist indes insoweit zu machen, als ein socius, der eine Gesellschaftsschuld aus seinen privaten Mitteln gemacht hat, die gleichfalls persönlich haftbaren andern deswegen subsidiär anteilsweise persönlich in Anspruch nehmen könne. Ebenso Cosack § 277, IV, 2, Dernburg § 358, II, 2, beide unter Berufung auf § 426, ebenso Eschelbacher (s. vor § 705) S. 13, der darin, wohl mit Unrecht, eine condictio indebiti sieht. Anders Crome § 281 Anm. 4, Knoke S. 36—7, Kreß S. 94, Planck Nr. 2, weil die Anwendbarkeit des § 426 durch § 707 zurückgedrängt werde. Aber wenn die im Regreßwege in Anspruch genommenen Gesellschafter vom Gläubiger direkt — sei es in solidum, sei es anteilsweise — in Anspruch genommen wären, hätten sie sich zweifellos auch nicht auf § 707 berufen können; es handelte sich alsdann um eine gewöhnliche Verpflichtung, die mit Beiträgen oder Einlagen nichts zu tun hat. Es wäre ein innerlich ungerechtfertigter Glückszufall, wenn sie durch Inanspruchnahme eines andern Gesellschafters von dieser Leistungspflicht regreßlos frei werden sollten. Hatte die gezahlte Schuld nichts mit den Beiträgen zu tun, so wird es bei dem nur auf Grund ihrer Zahlung erwachsenen Regreßanspruch doch wohl nicht anders sein können.

Außerdem kann natürlich der erstattungsberechtigte Gesellschafter von den andern Leistung der etwa noch rückständigen Beiträge zum Gesellschaftsvermögen verlangen und sich dann aus den geleisteten befriedigen.

Auf der anderen Seite geht Kreß S. 94 soweit, auch den Erstattungsanspruch gegen das Gesellschaftsvermögen während Dauer der Gesellschaft für klaglos zu erklären; denn die Vollstreckung würde nach ZPO. § 736 einen Vollstreckungstitel gegen alle Gesellschafter erfordern, der aber, weil der Erstattungsberechtigte selbst dazu gehöre, nicht erwirkt werden könne. Aber das ist formalistisch und unbefriedigend. Die ZPO. denkt selbstverständlich nur an den Normalfall, daß ein dritter klagt; tut dies ein Gesellschafter selbst, so ist er im Sinne des § 736 natürlich auszunehmen. Er verlangt ja auch nicht Leistung, sondern nur Duldung der Entnahme des Regreßquantums aus dem Gesellschaftsvermögen; daß er selbst seinerseits mit dieser Entnahme einverstanden ist, beweist er in optima forma bereits durch Geltendmachung des Anspruches. Wie hier Staub Anm. 55. Übrigens redet § 717 ausdrücklich von der Eventualität von vor der Auseinandersetzung geltend zu machenden Erstattungsansprüchen des Geschäftsführers.

Umgekehrt können die Gesellschafter die Ansprüche gegen den schuldnerischen Geschäftsführer nicht für sich, sondern nur auf Leistung zum Gesellschaftsvermögen geltend machen.

6. Führt ein Gesellschafter Geschäfte der Gesellschaft nur als gewöhnlicher Mandatar oder negotiorum gestor, so finden wegen seiner Rechte und Pflichten die Sätze der entsprechenden Rechtsverhältnisse überhaupt und allein Anwendung; daß er auch alsdann nur gemäß § 708 hafte (so Aufl. 1 und Staudinger Nr. III), ist mindestens zweifelhaft, da hier doch nicht Pflichten in Frage stehen, die ihn „als Gesellschafter" treffen.

§ 714.

Soweit einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, ist er im Zweifel auch ermächtigt, die anderen Gesellschafter dritten gegenüber zu vertreten.

E. I 640[1], E. II 654, RV. 701. — Mot. S. 609, Prot. II S. 424.

1. **Allgemeines:** Nach Römischem Recht lag im Gesellschaftsverhältnis an sich keine Vollmacht für die einzelnen; sie berechtigten und verpflichteten daher durch ihr Handeln zunächst nur sich und mußten dann erst mit den Sozien abrechnen. Anders nur, wenn der Einzelne als institor der andern auftrat, oder in Höhe der diesen erwachsenen Bereicherung, l. 82 h. t. Das Gemeine Recht kannte zwar die direkte Stellvertretung; aber die Frage, ob der Gesellschafter dazu legitimiert war, beantwortete sich nur nach allgemeinen Regeln: es bedurfte also einer gewöhnlichen Vollmacht, s. Dernburg, Pand. II § 127, Windscheid § 407 No. 6. Ähnlich Landrecht § 231, SächsGB. § 1378.

Darüber hinausgehend bestimmt das BGB., daß in der einem Gesellschafter übertragenen **Befugnis zur Geschäftsführung** insoweit ohne weiteres eine **Vollmacht** zu finden sei, ohne daß es einer besonderen Erteilung bedarf. Nicht übernommen hat es freilich die noch viel weitergehenden Sätze des HGB. Art. 114 ff. (§§ 126 ff.), wonach jeder nicht besonders von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter die Gesellschaft nach außen bindend vertreten kann, und eine Beschränkung des Umfanges dieser Vertretungsmacht dritten gegenüber sogar unwirksam ist.

Nicht aber gilt auch das Umgekehrte: aus der einem Gesellschafter übertragenen Vertretungsmacht folgt noch nicht ohne weiteres eine entsprechende Geschäftsführungsbefugnis, Dernburg § 358 Anm. 11.

2. Natürlich kann auch nach BGB. ein Gesellschafter, sowohl bei an sich innerhalb seiner Vollmacht liegenden Akten als bei andern, **im eigenen Namen** auftreten; alsdann berechtigt und verpflichtet er zunächst nur sich („Innengesellschaft", wenn das in Verfolg des besonderen Verhältnisses allgemein so geschieht); seine Rechte und Pflichten den andern gegenüber bestimmen sich nach § 713.

Umgekehrt kann natürlich auch ein im übrigen nicht geschäftsführender Sozius (oder ein geschäftsführender über seine Machtsphäre hinaus) mit direkter Wirkung die Gesellschaft vertreten, wenn er nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 164 ff.) dazu besonders bevollmächtigt ist.

3. Soweit nach dem Gesagten der einzelne Gesellschafter auch die anderen verpflichtet, haften sie alle im allgemeinen den Gläubigern gegenüber unbeschränkt. Allerdings ist ihre Haftung im internen Verhältnis nach § 707 beschränkt, aber das hat den Gläubigern gegenüber nach BGB. ebensowenig Bedeutung, wie schon bisher nach Handelsrecht. Auch werden die Gläubiger ihre Rechte schon während der Dauer der Gesellschaft geltend machen können; die beschränkende Bestimmung des § 735 bezieht sich wieder nur auf das interne Verhältnis.

Ob die Haftung nach außen eine **gesamtschuldnerische** oder nur anteilsmäßige ist, läßt sich nicht allgemein sagen; jedenfalls ist die anteilsmäßige Haftung der einzelnen nach §§ 722, 735 als bloß intern auch für diese Frage ohne Bedeutung. Bei Vertragsschulden wird in der Regel eine Solidarhaft eintreten, da im Auftreten des einen Gesellschafters im Namen und mit Vollmacht aller der Fall des § 427 gegeben ist.

Natürlich haftet den Gesellschaftsgläubigern auch das **Gesellschaftsvermögen**, aber daneben die Gesellschafter in der dargestellten Art persönlich, s. auch Bem. 2 d zu § 718.

4. Ist auch eine **Beschränkung der Haftung** möglich? S. darüber Planck I zu § 54 Nr. 3 b. Die Entscheidung der Frage hängt davon ab, ob überhaupt der Versprechende eine Beschränkung der Haftung auf einen Teil seines Vermögens gültig ausmachen kann. Wenn man das mit Planck bejaht, was m. E. geboten ist (s. auch Vorbem. 6 vor § 241), so steht nichts im Wege, daß auch im Gesellschaftsvertrage die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführenden auf die Belastung des Gesellschaftsvermögens oder eines Teiles davon beschränkt wird; es kann dann der Betreffende nur innerhalb dieser Schranken wirksam für die Gesellschaft kontrahieren. So auch Kreß S. 76, Meisner I zu § 54 No. 2, Staudinger Nr. II, 2, Knoke S. 80, Kipp-Windscheid S. 738 Nr. 6, weitere Zitate bei § 54 cit. und bei Neumann I S. 421 Nr. 2. Anders freilich Eck, Vorträge S. 84, Cosack § 276, III, 4 a a. E. (die Beschränkung wirke dritten gegenüber nur, wenn darauf im Vertrage hingewiesen sei), Staub Anm. 14, neuestens Hölder, Natürliche und juristische Personen, S. 285–6. Zuzugeben ist ihnen nur, daß gegenüber einer unbeschränkt lautenden Vollmachtsurkunde gemäß § 171 die Berufung auf die Beschränkung schweigen muß.

5. **Prozeßführungsrecht:** Ob die Vertretungsmacht auch ohne weiteres ein Prozeßführungsrecht in sich schließe, ist nicht zweifellos. Dafür Gaupp-Stein zu ZPO. § 736 Nr. 1, auch wohl Seuffert das. Nr. 1 a. E., Goldmann-Lilienthal S. 763

Anm. 10, Leske S. 290 Anm. 9. Anders freilich Cosack § 276, IV, 1, Dernburg § 358 Anm. 12, Hellwig, Anspruch S. 199, Staudinger IV, Knoke S. 76, siehe auch Staub Anm. 12, OLG. Kiel vom 12. V. 1902, Rspr. V S. 208. Allerdings ist die Prozeßführung kein Rechtsgeschäft, aber § 714 spricht auch nicht nur von dem Abschluß solcher durch die Geschäftsführenden, sondern allgemein von einer Vertretung nach außen; darunter dürfte nach Wortlaut und Sinn doch auch wohl die prozessuale Vertretung zu verstehen sein. Richtig ist freilich, daß die Geschäftsführenden nur im Namen der sämtlichen Gesellschafter klagen und verklagt werden können; eine Klage nur gegen sie allein ist mit Seuffert und Staub aaO. gegen die Prot. II S. 436 als unkorrekt zu erachten.

§ 715.

Ist im Gesellschaftsvertrag ein Gesellschafter ermächtigt, die anderen Gesellschafter dritten gegenüber zu vertreten, so kann die Vertretungsmacht nur nach Maßgabe des § 712 Abs. 1 und, wenn sie in Verbindung mit der Befugnis zur Geschäftsführung erteilt worden ist, nur mit dieser entzogen werden.

E. I 640[2], E. II 655, RB. 702. — Mot. S. 609—10, Prot. II S. 424.

1. Die im Gesellschaftsvertrage sonst (an einen Gesellschafter oder dritten) erteilte **gewöhnliche Vollmacht** kann nach allgemeinen Grundsätzen widerrufen werden; dagegen die **einem Gesellschafter als solchem** verliehene nur **aus wichtigen Gründen** im Sinne von § 712 Abs. 1, s. Bem. dazu.

An sich wäre denkbar, daß die Entziehung entweder nur die Vertretungsmacht oder nur die Befugnis zur Geschäftsführung beträfe; da aber nach den Grundsätzen des BGB. beides in Zusammenhang gebracht ist (§ 714), wird eine solche Zerreißung durch § 715 für unstatthaft erklärt. Die Entziehung nur der einen ist somit in der Regel wirkungslos; jedoch kann die Absicht erweislich auch dahin gehen, in Wahrheit beides zu nehmen, alsdann tritt die weitere Wirkung ein.

2. Ob der **Gesellschafter** seinerseits auch, wie nach § 712 Abs. 2 die Geschäftsführung, aus wichtigem Grunde **die Vollmacht kündigen** könne, ist im Gesetze nicht gesagt (anders Entw. I); man muß es aber um so eher annehmen, da ja der Paragraph offenbar das Bestehenbleiben der letzteren ohne erstere mißbilligt. Kündigt jener die Vollmacht allein, so wird man das nach Analogie von § 715 wieder für unstatthaft erachten müssen; anders, wenn der wahre Wille auf die Kündigung von beidem ging. Kündigung aus bloßer Willkür ist natürlich auch hier unzulässig.

§ 716.

Ein Gesellschafter kann, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Geschäftsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Übersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anfertigen.

Eine dieses Recht ausschließende oder beschränkende Vereinbarung steht der Geltendmachung des Rechtes nicht entgegen, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht.

E. I 643, E. II 656, RB. 703. — Mot. S. 613, Prot. II S. 425.

1. Die Bestimmung ist dem Muster des Handelsgesetzbuches entlehnt, Art. 105 (§ 118); sie stimmt auch im wesentlichen mit den sonstigen bisherigen Rechten überein, Abs. 2 insbesondere mit dem Landrecht §§ 222—3.

2. **Nur persönlich** kann sich der Gesellschafter von der Geschäftslage unterrichten, also nicht durch andere Personen (gewillkürte Vertreter oder gar Gläubiger,

Zessionare) oder Untergesellschafter (ROHG. 23 Nr. 41 S. 120 ff.). Dagegen **wird man** mit der bisherigen handelsrechtlichen Doktrin, s. Staub aaO., **gesetzliche Vertreter** zuzulassen haben, und auch die Zuhilfenahme sachverständiger — nicht beliebiger — dritter ist mit dem ROHG. 7 Nr. 18 S. 71 ff. für statthaft zu erachten. So auch Knoke S. 60, Goldmann-Lilienthal S. 754 Anm. 18—9.

Zweifelhaft ist die Berechtigung des **Ehemannes** auf Grund seines Verwaltungsrechtes am Frauengut; dagegen Staub zu § 118 Anm. 3, Busch, Archiv 2 S. 173. Dafür Goldmann-Lilienthal S. 754 Anm. 18, weil das zur Verwaltung des Eingebrachten gehöre, im wesentlichen auch Dernburg § 358, VI. Anders als in Aufl. 1 glaube ich mich dem anschließen zu sollen.

Auch im übrigen wird für die Auslegung des Paragraphen die handelsrechtliche Literatur und Praxis im wesentlichen maßgebend sein, weshalb hier auf die Kommentare zum HGB. als des eigentlichen Sitzes der Materie verwiesen wird.

3. Eine persönliche Verpflichtung zur Erteilung von Auskunft folgt aus § 716 nicht, Planck Nr. 1.

§ 717.

Die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegeneinander zustehen, sind nicht übertragbar. Ausgenommen sind die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie die Ansprüche auf einen Gewinnanteil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt.

E. I 644, E. II 657, RB. 704. — Mot. S. 613—5, Prot. II S. 425.

1. Daß der Gesellschafter nicht **sein Anteilsrecht** an der Gesellschaft durch Zession oder sonst einem andern **übertragen** kann, geht aus dem Zweck des Verhältnisses hervor und ist daher überall anerkannt (s. auch HGB. Art. 98). Es würde zur Aufnahme des „Zessionars" in die Gesellschaft an Stelle des bisherigen socius mindestens eines neuen Gesellschaftsvertrages bedürfen. Nur das ist auch ohnedies zulässig, daß der einzelne Gesellschafter mit einem dritten — event. auch mit einem der anderen Sozien — eine **besondere Gesellschaft** schließt, s. II. 19—23 h. t., aus der aber natürlich allein zwischen den Beteiligten Rechte und Pflichten erwachsen, während die alte Gesellschaft dadurch nicht berührt wird. Dies auch nach eingetretener Liquidation.

2. Während das zu 1 bemerkte als selbstverständlich im Gesetze keinen besonderen Ausdruck gefunden hat, verordnet daneben § 717 auch die **Übertragbarkeit der einzelnen** den Gesellschaftern gegeneinander aus dem Verhältnisse erwachsenen **Ansprüche**. Auch sie würde sich freilich wenigstens teilweise schon ohnedies aus der besonderen Zweckbestimmung der fraglichen Rechte ergeben, so bei den Ansprüchen auf Beiträge (§ 705), auf Erfüllung der Pflichten aus der Geschäftsführung (§ 713), auf Information (§ 716), s. Mot. S. 614, wurde freilich in der gemeinrechtlichen Praxis nicht allgemein angenommen (s. z. B. OLG. Braunschweig bei Seuffert 54 Nr. 221 S. 410).

Soweit die Ansprüche nicht übertragbar sind, dürfen auch keine beschränkten Rechte an ihnen bestellt werden (Nießbrauch, Pfandrecht), weder durch Willensakte des Berechtigten noch sonst, Mot. aaO., ZPO. § 851.

Die Anteilsrechte der Gesellschafter sind auch keine Forderungen gegen die Gesellschaft und unterliegen nicht der Verpfändung nach BGB. § 1280, RG. ZS. VII, 26. IV. 1904, Bd. 57 Nr. 94 S. 414.

3. Durch **Satz 2** werden vom Prinzip der Unübertragbarkeit gewisse **Ausnahmen** zugelassen; es handelt sich bei ihnen um Ansprüche, „welche sich als aus dem Gesellschaftsverhältnisse losgelöst und als davon unabhängige und selbständige ergeben, deren Übertragbarkeit auszuschließen daher nicht gerechtfertigt wäre," Mot. aaO. Die hier genannten Ansprüche können, wie übertragen, so auch gepfändet werden. Welche Pflichten der Gesellschafter durch ihre Übertragung dem Erwerber gegenüber übernimmt, bestimmt sich nach dem Vertrage; jedenfalls darf er zu ihrer Erfüllung sein pflichtmäßiges Verhalten der Gesellschaft gegenüber nicht ändern (etwaige Pflicht zur Geheimhaltung!).

Was die erste Ausnahme anlangt, so fallen darunter durchaus nicht alle Ansprüche aus der Geschäftsführung, wie sie sich aus § 713 ergeben, sondern nur solche, deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann. Das ist der Fall, von besonderer Abrede abgesehen, vorzüglich bei den Ansprüchen auf Vorschuß (§ 669) und den Ersatzansprüchen wegen Auslagen und Schäden (§ 670).

Die Bedeutung der andern Ausnahmen ergibt sich ohne weiteres aus §§ 721/2, 733—9 und 738—40. Zu beachten ist dabei, daß mit dem (übertragbaren) Anspruch auf das Auseinandersetzungsergebnis nicht identisch ist der Anspruch auf Ermittelung des noch nicht feststehenden Guthabens, der Anspruch auf Rechnungslegung. Er soll unübertragbar sein nach RG. 52 Nr. 10 S. 36 (ZS. III, 17. VI. 1902) und (ZS. I vom 30. IV. 1904) bei Gruchot 48 914. Dagegen freilich Marcus Recht 03 425, weil das ein gegenüber den erstgenannten akzessorischer Anspruch sei. In der Tat: Der Anspruch auf den Auseinandersetzungsanteil kann, da das Gesetz nicht unterscheidet, auch vor seiner ziffermäßigen Feststellung übertragen werden, und dann muß offenbar der nur zu seiner Fixierung dienende, dazu unerläßliche vorbereitende Anspruch auf Rechnungslegung ohne weiteres als mitübertragen gelten.

4. § 717 ist nach der herrschenden Lehre **dispositiv**, es kann danach insbesondere auch von vornherein im Gesellschaftsvertrage dem einzelnen Gesellschafter die Übertragbarkeit seiner Rechte zugestanden werden, wenigstens soweit das nicht dem Wesen der Gesellschaft widerspricht, Staub, Exkurs zu § 122 Anm. 29. S. auch Jörges aaO. S. 75—6. Dagegen aber neuestens überzeugend Sohm, Gegenstand S. 71: Dem einzelnen kann zwar die Veräußerung eines, aber nicht gerade seines Anteils gestattet werden, denn dieser steht und fällt rechtsnotwendig mit seiner Mitgliedschaft.

§ 718.

Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsmögen).

Zu dem Gesellschaftsvermögen gehört auch, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird.

E. I 631[4], E. II 658, RV. 705. — Mot. S. 590, Prot. II S. 425—34, D. S. 130—2.

Literatur: Beyer, Surrogation 1905 S. 328ff.; Hölder, Natürliche und juristische Personen, 1905, S. 326ff.

1. **Prinzip**: S. im allgemeinen die Vorbem. Nr. 3 und zu § 705 Nr. 3/4. Während die Gesellschaft nach Entw. I ein rein obligatorisches Verhältnis war, aus dem die Gesellschafter zu gewissen Leistungen im Interesse der gemeinsamen Zwecke verpflichtet wurden, hat der Entw. II das Prinzip der „**Gesamten Hand**“ angenommen, wonach die gesamten den Zwecken der Gesellschaft dienenden Rechte (nebst den dazu gehörigen Pflichten) zu einem relativ selbständigen, wenn auch immer zuletzt — als ganzes wie in den einzelnen Bestandteilen — den Gesellschaftern und nicht einer von ihnen getrennt zu denkenden juristischen Person zuständigen **Zweckvermögen** zusammengeschlossen werden. Dies auf Grund germanischer Rechtsgedanken und nach dem Muster des Landrechts (Dernburg, Privatrecht II § 217 Nr. II 2), dem HGB. Art. 119—22, auch dem Genossenschaftsgesetze vom 1. V. 1889, § 64 und der KO. § 44.

Über die Stücke dieses Gesellschaftsvermögens können grundsätzlich nur alle Gesellschafter zusammen, höchstens der Geschäftsführende im Rahmen seiner Vertretungsmacht für sie, verfügen. Dagegen steht **dem einzelnen ein selbständiges Verfügungsrecht** über eine seinem Gesellschaftsanteil entsprechende Quote **nicht** zu, weder an den einzelnen Stücken, noch auch — dies im Gegensatz zum Recht der sonst auch gesamthänderisch organisierten Erbengemeinschaft (§ 2033) — an dem Gesamtvermögen, s. § 719 und Bem. dazu.

Daß deshalb der einzelne überhaupt kein Anteilsrecht an den einzelnen Stücken habe, nehme ich nach dem in Vorbem. 3 vor § 705 Gesagten nicht mehr an; aber es handelt sich dabei um keine gewöhnliche Mit-, sondern um eine besondere aus der Mitgliedschaft fließende „Gesamtberechtigung". Und zwar stehen zu gesamthänderischem Gesamtrecht den einzelnen nicht nur körperliche Sachen zu, sondern auch Rechte an fremden Sachen und Forderungen. Wenn einzelne für die Gesellschaftsforderungen gewöhnliche Gesamtgläubigerschaft der Sozien annehmen (so z. B. Jörges aaO. S. 180), bei der nur das Verfügungsrecht der einzelnen gebunden ist, so kann dem nicht beigestimmt werden, dagegen auch Sohm aaO. S. 63 Anm. 9. Denn Gesamtgläubigerschaft ist Negation der Rechtsgemeinschaft und mit gebundener Verfügungsmacht unvereinbar. Die Regeln der §§ 420 ff. sind auf die Forderungen des Gesellschaftsvermögens ganz oder fast ganz unanwendbar.

Auch **dritte** können in das Gesellschaftsvermögen nicht eingreifen wegen Forderungen an einen Gesellschafter, weder in solidum noch pro rata; weder im Wege der Klage und Vollstreckung, noch in dem der Aufrechnung, s. §§ 719 Abs. 2, 720. Sie können sich vielmehr nur an die nach § 717 übertragbaren Ansprüche der Gesellschafter halten, sowie den Anteil ihres Schuldners am Gesellschaftsvermögen pfänden lassen und darauf die Gesellschaft kündigen, § 725.

Wieweit ein dritter die Zugehörigkeit einer Forderung zum Gesellschaftsvermögen gegen sich gelten lassen müsse, darüber vgl. § 720 sowie Kipp-Windscheid S. 737.

2. **Bestandteile und Charakter des Gesellschaftsvermögens:** Dasselbe stellt nicht nur eine Mehrheit einzelner Stücke dar, sondern eine wahre universitas iuris, ein durch seinen Zweck zusammengefaßtes und in seinen Bestandteilen bestimmtes Sondervermögen. Es fallen hinein:

a) **Die Einlagen**, überhaupt die **geleisteten Beiträge** der Gesellschafter, einerlei welcher Art (s. Bem. 2 zu § 705).

Höchst zweifelhaft ist aber, ob auch die erst **versprochenen Beiträge** dem Gesellschaftsvermögen bereits angehören? Daß die von den einzelnen Gesellschaftern aus einem besonderen Titel der Gesellschaftskasse geschuldeten Beiträge, z. B. aus darlehensweiser Entnahme daraus, auf Schadensersatz wegen schuldhafter Verletzung ihrer Pflichten, auf Erstattung vereinnahmter Gelder, diesen Charakter aufweisen, ist unstreitig und nicht in Frage zu stellen.

Dagegen sollen die geschuldeten Beiträge noch nicht dahin zu rechnen sein nach Planck Nr. 1a, Goldmann-Lilienthal S. 731, 757, Beyer, Surrogation S. 328 ff., Eschelbacher (s. vor § 705) S. 16 ff., 21, Knoke S. 33, 77, Staudinger Nr. III, 1a und zu § 706, IV/V. Den gegenteiligen Standpunkt nehmen ein: Dernburg § 359, I, 1, Enneccerus S. 732, Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit Aufl. 2 S. 21, Kipp-Windscheid S. 731, Kisch bei Grünhut 29 360 (der darin sogar das wesentlichste Stück des Gesellschaftsvermögens sieht), Schollmeyer S. 143. Das RG. 54 Nr. 78 S. 300 hat sich grundsätzlich auf den verneinenden Standpunkt gestellt, nimmt aber die Möglichkeit gegenteiliger Abrede an.

Die Frage hat neben dem theoretischen auch praktisches Interesse; so für den Fall, daß jemandem nur das Gesellschaftsvermögen mit Ausschluß des Vermögens der einzelnen Gesellschafter haftet (s. oben zu § 714 Nr. 4 und unten litt. d).

Die Entscheidung ist durch den Standpunkt zu der Frage präjudiziert, wem der Anspruch auf die Beiträge zustehe. Sind es die anderen Gesellschafter als einzelne, so gehören die hier fraglichen Ansprüche auch nur zu deren Vermögen, und sie gehören um deswillen nicht minder dazu, weil jeder nur Leistung an die Gesellschaftskasse, nicht Leistung an sich persönlich verlangen kann. Ist es die Gesellschaft im Sinne der kollektiv geeinten Gesellschafter, so fehlt es an jedem Grunde, diese Ansprüche weniger zum Gesellschaftsvermögen zu rechnen, als sonstige „der Gesellschaft" in diesem Sinne zustehende Forderungen. Ich versuchte oben Nr. 3 zu § 705 diese Frage im ersten Sinne zu entscheiden, und muß mich somit folgerecht auch hier der ersten (im ganzen wohl vorherrschenden) Ansicht anschließen. Die Beiträge sind somit noch nicht Gesellschaftsvermögen, als welches vielmehr erst aus ihrer Leistung zusammengebracht werden soll. Der Text spricht nicht dagegen, denn durch die Worte „. . die Beiträge . . . werden . . . ." bleibt Raum für die Auslegung, daß sie es erst durch die Leistung werden; andernfalls erschiene das Wort „sind" passender.

b) die **durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände**, also nicht nur Sachen, sondern auch Rechte, gleichviel welcher Natur. Auch ein so erworbener lediglicher Besitz zählt dahin.

Ob der Erwerb geradezu im Namen der Gesellschaft gemacht sein müsse, ist zweifelhaft. Im Gegensatz zu Planck Nr. 1b, Staub Anm. 31ff. und anderen verneint Beyer S. 329—30 die Frage, wohl mit Recht, unter Hinweis auf den andernfalls überflüssigen § 720. Die Zugehörigkeit des von einem geschäftsführenden Sozius gemachten Erwerb zum Gesellschaftsvermögen bestimmt sich somit nur nach der subjektiven Willensrichtung des Erwerbers.

c) Nach **dem Prinzip des Abs.** 2 fällt auch alles das hinein, was auf Grund eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes erworben ist, seien es **Akzessionen** (Früchte, Zinsen, sonstige Nutzungen), oder **Surrogate**: „was als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird"; also deliktische und quasideliktische Schadensersatzansprüche, Versicherungsansprüche, aber auch bloße Rückgabeansprüche wegen entzogener Sachen, nicht minder Vertragsstrafen u. dergl.

Wenn Aufl. 1 auch alle Erlöse veräußerter Bestandteile dahin rechnete, ebenso Eck S. 552, so bedarf diese Meinung nach der zutreffenden Darlegung von Beyer (S. 332) der Berichtigung: Abs. 2. läßt sich darauf nicht anwenden; nicht der Charakter des veräußerten Gegenstandes, sondern der des Erwerbsaktes (s. oben litt. b) ist insoweit für die Zugehörigkeit entscheidend. Die „Surrogation" ergreift nach § 718 den rechtsgeschäftlichen Erwerb nicht. Andernfalls müßten z. B. Gesellschaftsvermögen auch die Einbruchswerkzeuge werden, die der Dieb mit gestohlenem Gesellschaftsgeld anschafft! Der Satz „pretium succedit in locum rei" gilt somit für § 718 nicht oder doch nicht schlechthin.

Es ist aber unbewiesen und schwerlich haltbar, wenn Beyer weitergehend anscheinend (s. S. 7, 209ff.) auch die Früchte nicht unter Abs. 2 einbezieht; in den zahlreichen Paragraphen, wo sich ein dem § 718 Abs. 2 entsprechender Passus findet, würde durch Ausschaltung der Früchte eine bedenkliche Lücke gelassen werden. Wenn § 2111 zu einem andern Ergebnis führt, so nur wegen der beschränkenden Klausel, „soweit ihm nicht der Erwerb als Nutzung gebührt", woraus für andere Fälle sogar ein argumentum a contrario zu folgern sei. Auch Strohals (Erbrecht I S. 197) beschränktere Beispiele erklären sich offenbar aus den Besonderheiten der Nacherbfolge.

d) Gehören zum Gesellschaftsvermögen auch (als Passivbestandteile) **Gesellschaftsschulden?** Ob und inwieweit es solche gebe, ist eine außerordentlich streitige und schwierige Frage, s. dazu besonders die Dissertationen von Müller, Leipzig 1903, Weiland, Bonn 1902, Wildt, Freiburg 1900.

α) Überhaupt ablehnend gegen den Begriff von Gesellschaftsschulden neben den Schulden der Gesellschafter verhalten sich Binder, Stellung des Erben S. 16, Goldmann-Lilienthal S. 768, Hellwig, Anspruch S. 203, Kipp-Windscheid S. 738 Nr. 6, früher auch Schollmeyer S. 72.

β) Dagegen erkennen den Begriff an Cosack § 276, II, Gierke, Vereine S. 35—6, Gaupp-Stein zu ZPO. § 736, II, Jörges aaO. S. 218, Landsberg S. 483, Knoke S. 79, Matthiaß S. 628—9, Nagler S. 734, Staudinger Nr. III, 2, Seuffert zu § 736 cit. Nr. 1, 3, Türke-Riedenführ Nr. 2d, auch Müller, Wildt und meine Aufl. 1.

γ) Einen vermittelnden Standpunkt nehmen diejenigen Autoren ein, die den Begriff grundsätzlich anerkennen, ihm aber nur im internen Verhältnis eine, erst bei der Auseinandersetzung zu Tage tretende, Bedeutung zubilligen. So besonders — auch von den zu β Genannten dürften einige dieser Auffassung nicht fernstehen — Schollmeyer S. 152, Crome §§ 280 Nr. 2 a. E., 282, II, 1 und 2, Enneccerus S. 563, 736—7, Dernburg § 360, Planck zu § 719 Nr. 2, Weiland. Ebenso OLG. Kiel Rspr. VIII S. 81.

Man begründet den Mangel externer Bedeutung der Gesellschaftsschulden meist mit dem Hinweis auf die persönliche Gesamthaftung der Gesellschafter, ein Argument, dem Knoke S. 84 nur durch das seltsame Auskunftsmittel entgehen zu können glaubt, daß er alle Solidarschulden der Gesellschafter kurzerhand für Gesellschaftsschulden erklärt.

Der Standpunkt zu dieser Kontroverse ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

a) Sicherlich gibt es im internen Verhältnis Gesellschaftsschulden, das folgt ohne weiteres aus § 733. Denn unter den dort genannten „gemeinschaftlichen Schulden" können offenbar nur die aus der gemeinschaftlichen Geschäftsführung oder sonst in Bezug auf das gemeinschaftliche Vermögen entstandenen gemeint sein, Gierke aaO. Es wäre geradezu widersinnig, wenn bei der Liquidation die durch ein gemeinsames Delikt der Gesellschafter oder durch gemeinsame Privatankäufe — sie

haben etwa zusammen eine Reise gemacht, ein Faß Wein bestellt — entstandenen privaten Solidarschulden berichtigt werden müßten. Das kann schon deshalb nicht sein, weil andernfalls das Auseinandersetzungsergebnis durch derartige Privatangelegenheiten in sinnloser Weise beeinflußt werden könnte. Wessen Verlustanteil z. B. 1/6 betrug, während er das bestellte Weinfaß zu 1/2 erhielt, der könnte dadurch um die Differenz grundlos begünstigt, wer umgekehrt 5/6 Gewinnanteil hatte, entsprechend benachteiligt werden. Ebenso kommen bei Berechnung der Abfindung im Sinne des § 738 die Gesellschafts-, nicht die privaten Solidarschulden in Ansatz. Aber auch schon vor der Auseinandersetzung zeigt sich die interne Bedeutung der Gesellschaftsschulden darin, daß die Ansprüche der geschäftsführenden Gesellschafter aus § 713 auf Ersatz für Auslagen und auf Schadensersatz während der Dauer der Gesellschaft nur gegen das Gesellschaftsvermögen, nicht gegen die Gesellschafter persönlich, geltend gemacht werden, s. Bem. 5 zu § 705, 5 zu § 713. Es ist somit unwahr, daß die Gesellschaftsschulden nur rechnerische Posten im Auseinandersetzungsverfahren seien.

β) Aber auch im externen Verhältnis kann das Gesellschaftsvermögen insoweit als besonderes Haftungsobjekt auftreten, als eine entsprechend beschränkte Haftung besonders vereinbart ist, s. Bem. 4 zu § 714. Insoweit muß auch Hellwig die Bedeutung des Begriffes „Gesellschaftsschulden" anerkennen.

Ferner: der neu eintretende Gesellschafter wird aus den vor seinem Eintritt entstandenen Schulden natürlich nur kraft besonderer Schuldübernahme verpflichtet. Dagegen haftet er dafür ebenso selbstverständlich mit dem ihm angewachsenen Teile des Gesellschaftsvermögens auch ohnedies. Die Schuld ist also ihm gegenüber reine Gesellschaftsschuld. So treffend Cosack § 279, Anm. 13; Gierke S. 41; Knoke, ArchBürgR. 20 181 ff.

γ) Eine üble Folge der Gegenmeinung wäre die, daß nach ihr die Schuldner des Gesellschaftsvermögens überhaupt nicht aufrechnen können: denn Gesellschaftsschulden soll es ja nicht geben, sondern nur solche der einzelnen Gesellschafter, und mit diesen kann nach § 719 Abs. 2 eine Aufrechnung gegen die Ansprüche der Gesellschaft nicht stattfinden.

δ) Richtig ist freilich, daß übrigens der Begriff der Gesellschaftsschulden nach außen keine volle und unzweideutige Durchbildung erfahren hat. Die für die Gesellschaft gemäß § 714 wirksam aufgenommenen Verbindlichkeiten verhaften grundsätzlich die einzelnen Gesellschafter persönlich, und zwar in der Regel gesamtschuldnerisch. Und ob die Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen, die nach ZPO. § 736 auf Grund eines „gegen alle Gesellschafter ergangenen Urteils" erfolgen kann, nur den Gesellschaftsgläubigern oder auch den Privatgläubigern der sämtlichen Gesellschafter zustehe, ist selbst thema probandum, kann also zwar durch die hier verfochtene Ansicht, wenn diese übrigens feststeht, gestützt werden, sie aber nicht selbst stützen. Immerhin dürfte die Wahrscheinlichkeit eher dafür sprechen, so besonders Cosack aaO.; L. Seuffert aaO. und dort zitierte; auch Kober-Staudiger Nr. V; anders die Meisten, z. B. Dernburg § 360, II, aber nur widerstrebend, wegen Prot. II S. 735, aus der Praxis OLG. Kiel 21. IX. 03 Rspr. VIII S. 81. Und wer dem bisher Gesagten folgt, wird vollends nicht geneigt sein, nur um der in den Protokollen niedergelegten persönlichen Meinung der Redaktoren willen ein Ergebnis anzunehmen, daß ein Teil seiner Vertreter selbst für beklagenswert und folgewidrig erachtet. — Sicher ist wiederum, daß für den Gläubiger eines einzelnen Gesellschafters ein Angriff auf das Gesellschaftsvermögen oder eine Quote davon nicht stattfindet; er hat nur das Kündigungsrecht aus § 725. Andererseits ist den Gesellschaftsgläubigern im Konkurse des Gesellschafters ein Absonderungsrecht an dessen Auseinandersetzungsguthaben vor seinen sonstigen Gläubigern nicht eingeräumt, es sei denn, daß jene Gesellschafter sind und die Ansprüche somit unter KO. § 51 fallen. Den Gemeinschaftsgläubigern dagegen verleiht weder § 51 cit noch § 16 KO. ein Vorzugsrecht, s. dazu besonders Jäger zu § 16 Anm. 17, zu § 51 Anm. 4. Übrigens wird der Fall nicht häufig praktisch werden, da normalerweise nach § 733 das Auseinandersetzungsguthaben deductis deducendis berechnet wird.

Immerhin erscheint der Begriff der Gesellschaftsschulden in seiner internen wie externen Bedeutung nach alledem erwiesen. Wofern die Gesellschafter auch persönlich ihretwegen haften, ist das Verhältnis so zu konstruieren, daß neben der Haftung des Gesellschaftsvermögens (insoweit ähnlich wie bei den eingetragenen Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung) eine persönliche Haftung der Gesellschafter als einzelner

nebenherläuft. Daß diese letztere Haftung wegen § 735 nur **subsidiär** sei (so die bei Neumann II S. 435 zitierten, besonders Wildt S. 20) scheint mir freilich eine unerweisliche Behauptung.

3. **Zur Zwangsvollstreckung** in das Gesellschaftsvermögen bedarf es eines gegen alle Gesellschafter ergangenen Urteils, ZPO. § 736, s. dazu oben Nr. 2 d δ.

4. Ist die bürgerliche Gesellschaft **konkursfähig**? Dafür L. Seuffert, Konkursprozeßrecht S. 71 ff.; Cosack § 276, 1, 3; dagegen die Meisten, so Jäger zu KO. § 25 Anm. 8; Gierke S. 37; Hellwig, Anspruch S. 200 Anm. 7; Knoke S. 22; Meurer, Juristische Personen S. 207 ff.; Staub Anm. 62. Dies mit Recht. Die KO. hat die Konkurse der verschiedensten Gemeinschaftsformen besonders geregelt; das Schweigen über die bürgerliche Gesellschaft läßt sich nicht anderes denn als argumentum a contrario auffassen. Außerdem fehlt ihr, im Gegensatz zum nichtrechtsfähigen Verein, die passive Parteifähigkeit, ZPO. § 50 Abs. 2, oben Vorbem. 1 vor § 705. Endlich ist der Konkurs nicht unter den Auflösungsgründen der Gesellschaft mit aufgezählt, was andernfalls höchst befremdlich wäre, Knoke S. 23.

5. § 718 ist **dispositiv**, durch Vereinbarung kann zweifellos eine Gesellschaft im gemeinrechtlichen Sinne mit bloß obligatorischer Gebundenheit, übrigens gewöhnlichen Bruchteilsrechten begründet werden, nicht minder eine bloße „Innengesellschaft" (oben Nr. 2 zu § 714). So auch v. Tuhr, DJZ. **00** 348.

§ 719.

Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen; er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen.

Gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen.

E. I 645, E. II 658, RB. 706. — Mot. S. 615—6, Prot. II S. 425—37, D. S. 131.

1. S. Bem. 1 zu § 718. Während Entw. I die Gesellschafter **nur obligatorisch verpflichtete**, sich der im Text genannten Verfügungen zu enthalten, hat ihnen Entw. II **die Verfügung mit dinglicher Wirkung versagt**. Daß der dem dritten gegenüber geschlossene, auf die Verfügung gerichtete Vertrag des Sozius darum ungültig sei, folgt aus dem § 719 nicht; er bleibt vielmehr nach allgemeinen Regeln wirksam und verpflichtet den Vertragschließenden gegebenenfalls zum Schadensersatz.

Aus der Unübertragbarkeit folgt auch die Unmöglichkeit der Pfändung der einzelnen Anteilsrechte an den Objekten des Gesellschaftsvermögens durch den Gläubiger eines Gesellschafters, so auch besonders HGB. Art. 119 und jetzt allgemein ZPO. § 859 Abs. 1 Satz 2. Dagegen ist die Zwangsvollstreckung in „den Anteil des Schuldners am Gesellschaftsvermögen" nach ZPO. § 859 Abs. 1 Satz 1, im Widerspruch zum allgemeinen Prinzip des § 851 das., für statthaft erklärt; die Folgen solcher Pfändung ergeben sich dann weiter aus § 725 BGB., s. Bem. dazu.

2. Wie steht es aber mit Verfügungen eines Gesellschafters zugunsten aller oder eines andern? Jene kann er jedenfalls auf einem Umwege erreichen, indem er mittels Nachtrags zum Gesellschaftsvertrage die Wirkung des § 736 (s. diesen) vereinbart und alsdann den Austritt erklärt, event. unter Verzicht auf die Forderung auf das Auseinandersetzungsergebnis im Sinne des § 738. Daneben ist für eine direkte Verfügung in diesem Sinne kaum Bedürfnis. Für eine Verfügung nur zugunsten eines der anderen Gesellschafter scheint mir nach dem allgemeinen Wortlaut wie aus inneren Erwägungen überhaupt keine Möglichkeit.

3. **Der Absatz 2** ist ebenfalls nur eine Folgerung aus dem im BGB. aufgenommenen Prinzip, wonach das Gesellschaftsvermögen den einzelnen nicht nach gewöhnlichen, verfügbaren Bruchteilen, sondern nur im Sinne der Gesamtberechtigung (oben Vorbem. 3 vor § 705) zusteht; es fehlt also zu einer Aufrechnung in der in Abs. 2 angegebenen Art an der notwendigen Personenidentität. So auch schon HGB. Art. 121.

Wohl aber kann der Gläubiger der Gesellschaft seinen Anspruch zur Aufrechnung verwenden gegen eine persönliche Forderung eines Gesellschafters an ihn, soweit ihm dieser für die Gesellschaftsschuld auch persönlich haftete.

Ebenso kann der eine Gesellschafter aufrechnen mit einer solchen Forderung gegen den Anspruch seines Schuldners an die Gesellschaft. Denn dafür war er zwar nicht allein, aber doch neben dem Gesellschaftsvermögen Schuldner, und das berechtigt ihn gemäß § 422 Abs. 1 zur Aufrechnung. So auch Goldmann-Lilienthal S. 760 Anm. 22, Staub Anm. 45. Nicht aber kann der wegen einer Gesellschaftsschuld belangte socius mit einer Gesellschaftsforderung aufrechnen, nach Abs. 1, Staub aaO.

§ 720.

Die Zugehörigkeit einer nach § 718 Abs. 1 erworbenen Forderung zum Gesellschaftsvermögen hat der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erlangt; die Vorschriften der §§ 406 bis 408 finden entsprechende Anwendung.

E. II 658³, RV. 707. — Prot. II S. 434, D. S. 131.

Da auch die durch die Geschäftsführung erworbenen Forderungen ins Gesellschaftsvermögen fallen, einerlei, ob der Geschäftsführer offen als Vertreter der Gesellschaft auftrat (s. Bem. 2b zu § 718), so würde die Einziehung einer solchen durch einen einzelnen Gesellschafter an sich unter die nach § 719 unwirksamen Verfügungen gehören, der Schuldner also event. trotz seiner Unkenntnis der Sachlage an die Gesellschaft noch einmal leisten müssen. Daher ist zur Vermeidung solcher Gefährdung eines gutgläubigen Schuldners die Sonderbestimmung des § 720 eingefügt.

Die entsprechende Anwendung der in bezug genommenen §§ 406—8 macht keine Schwierigkeiten: der Schuldner kann also unter den Voraussetzungen des § 406 der Gesellschaft gegenüber aufrechnen mit Ansprüchen gegen den kontrahierenden Gesellschafter; die Gesellschaft muß Zahlungen des Schuldners an diesen oder sonstige mit ihm vollzogene Akte gemäß § 407 gegen sich gelten lassen. Endlich wirken Geschäfte des Schuldners mit dem „Zessionar“, seines Putativgläubigers der Gesellschaft gegenüber im Sinne von § 408.

Den Wegfall dieser Voraussetzungen hat die Gesellschaft nach allgemeinen Grundsätzen und nach der Wortfassung des Paragraphen zu beweisen.

§ 721.

Ein Gesellschafter kann den Rechnungsabschluß und die Verteilung des Gewinns und Verlustes erst nach der Auflösung der Gesellschaft verlangen.

Ist die Gesellschaft von längerer Dauer, so hat der Rechnungsabschluß und die Gewinnverteilung im Zweifel am Schlusse jedes Geschäftsjahrs zu erfolgen.

E. I 646, E. II 659, RV. 708. — Mot. S. 616, Prot. II S. 437.

1. Die Vorschrift des Paragraphen schließt sich an die Mehrzahl der modernen Gesetzgebungen an, so Landrecht § 261, SächsGB. § 1387. Anders HGB., das überall jährliche Berechnung von Gewinn und Verlust vorschreibt (§§ 120—2) und bei der offenen Handelsgesellschaft zunächst Zinsen von der Einlage berechnet (nach der neuen Fassung, anders als früher nach Art. 106ff., dies freilich erst vom etwaigen Gewinn!), während bei der stillen Gesellschaft ohne weiteres Gewinn- und Verlustberechnung eintritt, § 337.

Natürlich ist unsere Bestimmung nur **dispositiv** und wird wohl meist durch besondere Abrede ersetzt werden. Aber der bloße Umstand, daß die jährliche Gewinnauszahlung nach Abs. 1 die Gesellschaft schädigen würde, ist hier, im Gegensatz zu HGB. § 122 Abs. 1, unbeachtlich.

2. Wann eine Gesellschaft **von längerer Dauer** sei, ist Tatfrage, jedenfalls wird es sich um mehrere Geschäftsjahre handeln müssen, da sonst die Vorschrift des Abs. 2 sinnlos wäre. S. auch die teilweise verwertbaren Bemerkungen über „dauernde" Dienstverhältnisse zu § 617.

§ 722.

Sind die Anteile der Gesellschafter am Gewinn und Verluste nicht bestimmt, so hat jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und die Größe seines Beitrags einen gleichen Anteil am Gewinn und Verluste.

Ist nur der Anteil am Gewinn oder am Verluste bestimmt, so gilt die Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust.

E. I 647, E. II 660, RV. 709. — Mot. S. 616—7, Prot. II S. 437.

1. Die Frage, **ob die Gewinn- oder Verlustanteile im Zweifel gleich**, oder nach den Beiträgen abgestuft sein sollen, wurde vom früheren Recht verschieden beurteilt:

a) **Für Gleichheit** der Anteile ohne Rücksicht auf die verschiedene Höhe der Beiträge entschied sich das Gemeine Recht, s. l. 29 pr. D. 17,2, Windscheid § 406 No. 13. Ebenso SächsGB. § 1365.

b) **Nach der Höhe des Beitrages** bemaß den Gewinnanteil das Landrecht §§ 244, 251ff. und der Code Art. 1853, wobei über die Beteiligung mit Arbeit und Kapital verschiedenes bestimmt war.

c) Das Handelsgesetzbuch soll nach der hergebrachten Auffassung, so auch Mot. S. 616, der ersten Klasse angehören; dagegen spricht aber, daß doch zuerst die Einlagen verzinst werden sollen: denn die zu entnehmenden Zinsen stellen sachlich einen Teil des erzielten Gewinnes dar, wenn auch das Gesetz sie nicht so bezeichnet. Nur im übrigen ist die Beteiligung nach HGB. gleich, § 121 (früher Art. 106—7).

d) Das BGB. schließt sich der ersten Gruppe an und gibt schlechthin und ohne Vorwegberechnung von Zinsen **Ansprüche auf gleiche Anteile**, Abs. 1. Es kommt danach weder auf die Höhe der Beiträge an, noch ob der einzelne überhaupt neben seinen Diensten Kapitalbeiträge zu leisten hat; nur irgendwie muß er immer beitragen, sonst ist er (s. Bem. zu § 705) ja überhaupt nicht Gesellschafter.

2. Natürlich ist die Satzung des § 722 nur **dispositiv** und wird wohl in den meisten Fällen durch besondere Abrede ersetzt werden, sei es gleich im Gesellschaftsvertrage, sei es durch späteren Nachtrag. Es kann dabei die Anteilsbestimmung auch in das billige Ermessen eines Gesellschafters oder eines dritten gestellt sein, nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 315ff., s. Mot. S. 617. Ferner kann die Abrede dem einzelnen eine Verzinsung seiner Einlagen vorweg zuweisen, nicht minder auch eine sonstige Extravergütung wegen besonderer Leistungen (z. B. Gehalt, Tantieme als Geschäftsführer).

Die Anteile an Gewinn und Verlust können auch verschieden bemessen sein; jedoch gilt nach **Abs.** 2 die Bestimmung wegen des einen im Zweifel auch für den andern. Auch daß der eine oder andere Gesellschafter von der Beteiligung am etwaigen Verlust befreit sein solle, kann unbedenklich vereinbart werden, s. die Angaben bei Goldmann-Lilienthal S. 732 Anm. 17. Dies schon darum, weil der Verlust nie Gesellschaftszweck, sondern immer nur unerwünschte Nebenerscheinung ist. Aber daß der eine Gesellschafter nur am Gewinn, der andere nur am Verlust beteiligt sei, ist nach der herrschenden Meinung (s. die Angaben bei Goldmann-Lilienthal aaO., ebenso auch schon das Römische Recht, l. 29 § 2 D. 17,2, ihm folgend Mot. S. 594, s. auch oben Bem. 2 zu § 705) untunlich. Anders nur Dernburg § 361 Anm 2, Goldmann-Lilienthal aaO.: wesentlich sei der Gesellschaft nur die Gemeinsamkeit der Leistungen, nicht auch die des Ergebnisses. Aber ich sehe nicht, wie ohne die letztere von einem gemeinschaftlichen Zweck, wie ihn § 705 fordert, die Rede sein könne. Wenigstens bei einer gewerblichen Gesellschaft (im weitesten Sinne) ist der Gewerbebetrieb fast ausnahmslos nur Mittel, nicht Selbstzweck. Anders freilich in dem möglichen Fall, daß der etwaige Gewinn nur Nebensache sein soll, z. B. ein Lesekränzchen vereinbart, die benutzten Exemplare jeweils nach beendeter Lektüre zu verkaufen; zwei Alpenfreunde erbauen aus gemeinsamen Mitteln eine Hütte. Nichts

dürfte einer Abrede entgegenstehen, den Erlös, das Bewirtschaftungserträgnis einem allein zuzusichern. Insoweit haben die Genannten mit ihrer Polemik gegen die herrschende Lehre Recht; der Gewinn braucht insoweit nicht gemeinsam zu werden, als die Gewinnziehung nicht der alleinige oder hauptsächlichste Zweck des Vereins ist.

Ist im übrigen derartiges vereinbart, so liegt keinenfalls eine Gesellschaft vor.

3. **Die Begriffe von Gewinn und Verlust** bedürfen kaum der näheren Klarstellung: Gewinn ist der Betrag, um den sich das Gesellschaftsvermögen unter Berücksichtigung der vorhandenen Forderungen und Schulden bis zum maßgebenden Zeitpunkt vermehrt; Verlust derjenige, um den es sich bis dahin vermindert hat.

Vorbemerkung zu §§ 723—8.

Die §§ 723ff. handeln von der Beendigung der Gesellschaft; es werden besonders erörtert die Beendigungsgründe der Kündigung (§§ 723—5), Erreichung und Unmöglichwerden des Zweckes (§ 726), Tod eines Gesellschafters (§ 727) und Konkurs (§ 728). Außerdem kommen, obwohl nicht besonders erwähnt, noch folgende in Betracht (s. Mot. S. 617):

1. Zeitablauf (so besonders HGB. § 131 Z. 1).
2. Eintritt einer auflösenden Bedingung.
3. Vereinbarung (HGB. § 131 Z. 2).

Dieselben bedurften, weil in Art und Bedeutung sich aus allgemeinen Gesichtspunkten ergebend, hier keiner besonderen Erwähnung.

Dazu kommt endlich:

4. Ausschließung eines Gesellschafters, besonders erwähnt im Landrecht §§ 191, 273ff. und im HGB. § 140; sie ist, als den Gesellschaften des bürgerlichen Rechts nicht entsprechend, im BGB. nicht aufgenommen. Jedoch kann der Gesellschaftsvertrag sie in das konkrete Verhältnis einführen, und auch im Gesetz wird auf diese Eventualität hingewiesen in den §§ 736—7.

5. Verlust der Geschäftsfähigkeit eines Gesellschafters ist mangels gegenteiliger Abmachung auf das Gesellschaftsverhältnis an sich einflußlos; jedoch kann er unter Umständen den andern einen „wichtigen Grund" zur Kündigung im Sinne von § 723 darbieten.

§ 723.

Ist die Gesellschaft nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen, so kann jeder Gesellschafter sie jederzeit kündigen. Ist eine Zeitdauer bestimmt, so ist die Kündigung vor dem Ablaufe der Zeit zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Unter der gleichen Voraussetzung ist, wenn eine Kündigungsfrist bestimmt ist, die Kündigung ohne Einhaltung der Frist zulässig.

Die Kündigung darf nicht zur Unzeit geschehen, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt ein Gesellschafter ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er den übrigen Gesellschaftern den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Eine Vereinbarung, durch welche das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig.

E. I 648—9, E. II 661, RV. 710. — Mot. S. 617—21, Prot. II S. 437—8.

1. **Allgemeines:** Nach § 723 erlischt die Gesellschaft durch **Kündigung**, die auch im früheren Recht überall, mit Ausnahme des hier eigentümlich gestalteten (s. darüber Mot. S. 618) Preußischen Rechts, als Beendigungsgrund anerkannt ist.

Die Kündigung ist, wie sonst, eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung im Sinne von §§ 130 ff. Das oben zu § 564 über die Kündigung bei der Miete Gesagte wird auch bei der Gesellschaft im allgemeinen entsprechende Anwendung finden können. Sie kann hier indes geschehen von jedem einzelnen Gesellschafter; dagegen ist im Gesetze nicht ausdrücklich bestimmt, ob sie allen andern oder nur einem von ihnen zugehen muß. Entscheidend ist dafür an erster Stelle der Gesellschaftsvertrag; übrigens sollte nach Aufl. 1 die Kündigung an diejenigen Gesellschafter zu richten sein, denen jeweils die Geschäftsführung zusteht, §§ 709 ff. Ebenso Kober-Staudinger Ib. Dagegen haben sich aber fast alle anderen Autoren erklärt, so Goldmann-Lilienthal S. 771, Knoke S. 107, Matthiaß S. 630 Anm. 3, Schollmeyer S. 155. Mit Recht. Einmal hat die Auflösung einer Gesellschaft mit ihren Zwecken, also mit den für sie zu führenden Geschäften nichts zu tun. Dann ist die Satzung des § 729 nur verständlich von der Unterstellung aus, daß eine Kündigung ohne weiteres allen Gesellschaftern bekannt sei. Sie hat somit im Zweifel an alle Gesellschafter zu geschehen. — Eine Kündigung „an die Gesellschaft" oder „an die Firma" ist auch nach BGB. ebensowenig für ausreichend zu erachten, wie schon bisher nach Handelsrecht, s. Entsch. d. RG. 21 Nr. 20 S. 93 ff. Anders aber wohl, wenn die in dieser inkorrekten Weise vollzogene Kündigung rechtzeitig zur Kenntnis aller Beteiligten gelangt.

Aus dem Gesagten folgt auch, daß die an mehrere zu vollziehende Kündigung erst von dem Moment ab wirksam wird, wo sie dem letzten der notwendigen Adressaten zugeht. Ebenso Knoke aaO.

Eine besondere Form ist für die Kündigung auch hier nicht vorgesehen, doch kann der Vertrag eine solche erheischen, z. B. durch eingeschriebenen Brief, s. dazu auch § 127 BGB.

2. **Wirksamkeit der Kündigung.** Sie ist natürlich nicht immer wirksam; man muß vielmehr unterscheiden:

a) Die Zeitdauer für die Gesellschaft war **bestimmt**; sei es kalendermäßig oder auf andere Weise. Dahin gehört auch wohl der Fall einer Gesellschaft zur Erreichung eines bestimmten Zweckes (etwa Parzellierung eines Terrains zwecks Anlegung einer Villenkolonie). Anders für diesen Fall freilich Goldmann-Lilienthal S. 769, die hier Gesellschaften auf unbestimmte Dauer und daher jederzeitige Kündbarkeit annehmen. Aber das ist formalistisch; ich sehe nicht ein, wieso nicht jede durch objektive Momente begrenzte Zeitdauer den Charakter der „Bestimmtheit" aufweisen solle (dies certus an, wennschon nicht auch quando). Allerdings muß es ein Zweck sein, dessen demnächstige Erledigung nach der normalen Entwicklung der Verhältnisse in Aussicht steht; denn sonst könnte die hier vertretene Lehre zu einer ewigen Bindung führen. Sollten sich übrigens noch Unzuträglichkeiten ergeben, so wird ihnen durch das gleich zu Sagende abgeholfen.

In den Fällen dieser bestimmten Gesellschaftsdauer ist eine vorzeitige Kündigung in der Regel unstatthaft und unwirksam, es liege denn dafür ein **„wichtiger Grund"** vor. Wann das der Fall ist, ergibt sich aus der besonderen Sachlage; als Beurteilungsmaßstab ist an erster Stelle der Zweck des Verhältnisses, das zu seiner ersprießlichen Fortführung unumgängliche Erfordernis des gegenseitigen Vertrauens heranzuziehen. Einige besondere Fälle „wichtiger Gründe" verzeichnet Abs. 1 Satz 2 a. E.; sie haben das besondere, daß ihr Vorhandensein ohne weiteres als genügend erscheint, sodaß es insoweit auf die Besonderheit des Falles und die sonstige individuelle Bedeutung des Verhaltens des weiteren nicht ankommt. Zu bemerken ist dazu, daß „Pflichtverletzung aus grober Fahrlässigkeit" nicht identisch ist mit der in § 712 Abs. 1 unterstellten „groben Pflichtverletzung", s. Weyl, Verschuldensbegriffe S. 254 und Bem. 2a zu § 712: dort ist der Begriff ein objektiver; es kommt auf die Bedeutung der verletzten Pflicht und die inhaltliche Tragweite des Zuwiderhandelns dagegen an, während hier, in § 723, die Abwertung des subjektiven Verhaltens an erster Stelle entscheidet. — Unter Unmöglichkeit der Pflichterfüllung ist nach Analogie des § 275 das subjektive Unvermögen mitzubegreifen, Planck Nr. 1b.

Von diesen positiven Fällen abgesehen, mögen übrigens die Gesichtspunkte des Handelsgesetzbuches § 133 (Art. 125) und die dazu ergangene Rechtsprechung — s. namentlich die Entsch. des RG. 24 Nr. 25 S. 137 ff. — und Literatur bisweilen

schätzenswerte Anhaltspunkte geben (z. B. Unredlichkeit eines Gesellschafters; Mißbrauch des Gesellschaftsvermögens für seine Privatzwecke); formell maßgebend sind sie nicht. Siehe auch § 626 und Bem. dazu. Verschulden der anderen oder eines anderen Gesellschafters ist für den „wichtigen Grund" nicht erforderlich, wenn es auch meist vorliegen wird.

b) Die Dauer der Gesellschaft war nicht in dieser Weise fixiert. Alsdann soll grundsätzlich jeder Gesellschafter **jederzeit** kündigen können; jedoch ergeben sich erhebliche Beschränkungen aus dem unter 3—4 Vorzutragenden.

3. **Zulässigkeit der Kündigung:**

a) Auch sofern die Kündigung im Sinne einer Aufhebung des Gesellschaftsverhältnisses wirksam ist, ist sie darum nicht immer zulässig. Sie **kann** nämlich zwar, **darf** aber nach Abs. 2 nicht „zur Unzeit" geschehen, es sei denn, daß gerade für diese **unzeitige Kündigung**, also nicht bloß für die Kündigung überhaupt, ein **wichtiger Grund** vorliegt. Es werden also die im Sinne von Nr. 2 wichtigen Gründe in solchem Fall weiter darauf zu prüfen sein, ob sie stark und vor allem aktuell genug sind, um selbst eine „unzeitige" Kündigung zu rechtfertigen.

b) **„Unzeitig"** ist die Kündigung, einerlei ob die Dauer der Gesellschaft sonst bestimmt war oder nicht, immer dann, wenn sie den Zwecken der Gesellschaft durch ihre Vornahme gerade im betreffenden Zeitpunkt Ungelegenheiten oder Schäden bereiten würde. Dabei kommt es, wenn die Kündigung nicht sofort wirken soll (s. Nr. 4), nicht sowohl auf den Zeitpunkt der Vornahme, als auf den der Wirksamkeit an.

„Unzeitig" ist insbesondere, aber nicht allein und auch wohl nicht ausnahmslos, die Kündigung, die **arglistig** erfolgt, indem der Kündigende einen an sich der Gesellschaft gebührenden, in Aussicht stehenden Vermögensvorteil dadurch für sich allein zu machen in den Stand gesetzt werden will, s. l. 65 § 3, 4 D. h. t., Windscheid § 408 Nr. 1.

c) Die unzeitige, auch nicht durch besondere iusta causa gerechtfertigte Kündigung verpflichtet zum **Schadensersatz**. Für dessen Art und Berechnung gelten die §§ 249 ff.

Sofern der bekannte gemeinrechtliche Satz, daß der unzeitig kündigende Gesellschafter „socium a se, non se a socio liberat", eine darüber hinausgehende weitere Bedeutung haben sollte, ist er im BGB. nicht anerkannt, s. Mot. S. 620. Der Kündigende kann also insbesondere nicht zur Einwerfung des späteren Gewinnes ins Gesellschaftsvermögen genötigt werden, sofern nicht der Grund des Erwerbes bereits vor der Kündigung vorhanden war.

4. **Bedeutung der korrekten Kündigung:** Sie beseitigt den gesamten Gesellschaftsvertrag, und zwar im allgemeinen sofort und restlos. Insbesondere bedarf es bei der aus wichtigen Gründen vollzogenen vor- und unzeitigen Kündigung nicht, wie nach dem alten (Art. 125) und neuen (§ 133) HGB., zur Herbeiführung dieser Wirkung eines besonderen, konstitutiv wirkenden richterlichen Ausspruches. Freilich kann der Kündigende bei Widerspruch der anderen auf Feststellung der durch die Kündigung eingetretenen Wirkungen oder Beseitigung des Widerspruches klagen; aber das dann ergehende Urteil hat nur die normale, feststellende Bedeutung. So auch Mot. S. 619.

Indes erleidet das Gesagte gewisse Beschränkungen:

a) Die Kündigung **wirkt nicht sofort**, wenn im Vertrage eine besondere **Kündigungsfrist** vorgesehen war, Abs. 1 Satz 3. Alsdann endet das Verhältnis erst nach dem Fristablauf (unter Berücksichtigung der in §§ 186 ff. enthaltenen Grundsätze). Anders wiederum bei Vorhandensein eines für die Nichteinhaltung der Frist sprechenden „wichtigen Grundes".

b) Unter Umständen, aber nur kraft einer dahingehenden Klausel im Gesellschaftsvertrage, kann **die Wirkung der Kündigung auf die Person des Kündigenden beschränkt werden**, § 736 und Bem. dazu.

5. Läßt sich die Kündigung wieder **beseitigen?** Man wird es bejahen dürfen (so auch Staub zu § 132 cit. HGB. Anm. 9), aber nur unter Mitwirkung aller Gesellschafter — denn sie wirkt zu Gunsten aller — und nur, so lange sie noch nicht (nach Nr. 4) die Auflösung der Gesellschaft endgültig bewirkt hat. Eine nachher vollzogene Zurücknahme könnte nur als Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages aufgefaßt werden, ohne daß darum freilich die Gesellschaft selbst übrigens eine ganz neue würde. Denn die alte hat ja zunächst noch mindestens als Auseinandersetzungsgesellschaft Bestand. So auch Knoke S. 111. Nach der Auseinandersetzung kann dagegen nur eine ganz neue Gesellschaft gebildet werden, da die alte jetzt schlechthin hinweggefallen ist.

Der Gegensatz zwischen Fortbestehen der alten und Errichtung einer neuen Gesellschaft hat auch praktische Folgen; insbesondere ist letzterenfalls eine neue Übertragung der zum Gesellschaftsvermögen zu widmenden Stücke unerläßlich.

6. Eine **weitere Beschränkung des Kündigungsrechtes**, als sie sich aus Abs. 1—2 ergibt, wird in Abs. 3 für unwirksam erklärt; mit Recht, denn sie würde dem Zweck und Wesen des Gesellschaftsverhältnisses widersprechen. Man wird im Sinne dieser Vorschrift folgerecht auch die Ausbedingung einer angesichts des besonderen Gesellschaftsverhältnisses ungebührlich langen Kündigungsfrist zu verwerfen haben; sie würde sonst zur Umgehung unserer Norm dienen können. Wegen der Worte „diesen Vorschriften zuwider" s. insbesondere Weyl aaO. S. 344.

Dagegen dürfte einer vertragsmäßigen weiteren **Erleichterung** der Kündigung schwerlich etwas im Wege stehen.

Nach dem Gesagten ist es mindestens mißverständlich, wenn Landé (No. 1) den § 723 einfach als „dispositiv" bezeichnet.

§ 724.

Ist eine Gesellschaft für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen, so kann sie in gleicher Weise gekündigt werden wie eine für unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft. Dasselbe gilt, wenn eine Gesellschaft nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird.

E. I 650, E. II 662, RV. 711. — Mot. S. 621—2, Prot. II S. 438—9.

1. Die Vorschrift des § 724 ist nach dem Muster des HGB. Art. 123 Abs. 2 aufgenommen, während im Gemeinen Recht die Frage streitig war, s. Windscheid § 408 No. 7. Sie enthält eine positive Sonderbestimmung, die sich nach den Mot. S. 621 dadurch rechtfertigt, daß eine solche Bindung meist auf „Selbsttäuschung und Illusionen" beruht und wesentliche Nachteile für die persönliche Freiheit mit sich bringt.

2. **Satz 2** lehnt sich an das HGB. Art. 123 Abs. 1 Nr. 5 (§ 134) an, stimmt auch mit der gemeinrechtlichen Auffassung überein.

Um die Annahme eines solchen stillschweigenden Fortsetzungswillens zu widerlegen, wird auch bei Gesellschaften mit bestimmter Dauer vielfach eine Kündigung empfehlenswert sein.

Die hier in Frage kommende **„stillschweigende Fortsetzung"** erinnert an die entsprechende Satzung bei der Miete (§ 568); das dort Gesagte wird auch hier entsprechend verwendbar sein. Noch mehr als dort, ist bei der Gesellschaft die stillschweigende Verlängerung von einer Geschäftsfähigkeit der Parteien abhängig; mangels solcher ist von einer wirklichen Fortsetzung der Gesellschaft offenbar keine Rede.

Natürlich kann der Wille der Gesellschafter auch darauf gehen, durch ihre stillschweigende Fortsetzung die Gesellschaft auf **bestimmte Zeit zu verlängern** — etwa auf die ursprüngliche Vertragsdauer, auf ein Jahr —; häufig wird auch der Gesellschaftsvertrag darüber besonderes bestimmen.

§ 725.

Hat ein Gläubiger eines Gesellschafters die Pfändung des Anteils des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen erwirkt, so kann er die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, sofern der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist.

Solange die Gesellschaft besteht, kann der Gläubiger die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Rechte des Gesellschafters, mit Ausnahme des Anspruchs auf einen Gewinnanteil, nicht geltend machen.

E. II 663, RV. 712. — Prot. II S. 436—7.

1. Der Paragraph ist eine Neuerung der zweiten Lesung, der sich wegen der Durchführung des Prinzips der gesamten Hand als notwendig ergab, indem damit den Gläubigern ein direkter Zugriff verschlossen wird.

Entlehnt ist die hier ausgesprochene Satzung aus dem Handelsrecht, Art. 126 (§ 135), unterscheidet sich jedoch von ihrem Vorbild in wesentlichen Punkten:

a) Nach § 135 muß der Gläubiger vorher fruchtlos Vollstreckung in das Privatvermögen des Gesellschafters vollstreckt haben, wovon hier keine Rede ist.

b) Die Kündigung ist nach § 135 befristet („mindestens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres"), während sie hier sofort wirksam wird.

2. § 725 gibt dem Gläubiger ein absolutes Recht auf Kündigung, s. Staudinger Nr. 3b; er ist an beschränkende Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages nicht gebunden, nach Staudinger auch nicht an solche über die Art der Auseinandersetzung. Letzteres ist nicht unbedenklich. Eine Vereinbarung, die den Anteil des Gesellschafters an der demnächstigen Auseinandersetzung beschränkt — nach § 731 wirksam — kann wenigstens möglicherweise auch als eine Beschränkung des Vermögensanteiles zu erachten sein, und nur auf diesen haben die Gläubiger nach § 725 Anspruch. Jedenfalls bedarf die Frage noch weiterer Klärung.

Eine vertragsmäßige Beschränkung der demnächstigen Gläubigerrechte aus § 725 als solcher ist natürlich unwirksam.

Wohl aber können die anderen Gesellschafter die Aufhebung des Gesellschaftsverhältnisses abwenden durch Ausübung des Abfindungsrechts nach § 268, dessen Voraussetzungen hier wohl ausnahmslos erfüllt sein werden, Staudinger Nr 3aß.

3. Die Auseinandersetzung erfolgt auch bei der hier in Frage stehenden Kündigung nach den Grundsätzen der §§ 730 ff.; wegen besonderer Abreden darüber s. oben Nr. 2.

4. S. auch ZPO. §§ 700, 708 ff., 794, 859.

§ 726.

Die Gesellschaft endigt, wenn der vereinbarte Zweck erreicht oder dessen Erreichung unmöglich geworden ist.

E. I 651, E. II S. 664, RV. 713. — Mot. S. 622, Prot. II S. 439.

Die Bestimmung entspricht der Natur der Sache und dem bisher überall geltenden Recht, s. die Angaben in den Mot. S. 622 No. 1, auch II. 63 § 16, 65, § 10 h. t, Teilweise besonders nur altes HGB. Art. 125 Nr. 1, wo eine besondere Auflösungserklärung erfordert ward, während nach BGB. die Beendigung nunmehr von Rechtswegen eintritt, s. indes § 729.

Über den Begriff der Unmöglichkeit vergl. Bem. zu §§ 275, 279, 306.

§ 727.

Die Gesellschaft wird durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein anderes ergibt.

Im Falle der Auflösung hat der Erbe des verstorbenen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern den Tod unverzüglich anzuzeigen und, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die seinem Erblasser durch den Gesellschaftsvertrag übertragenen Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweit Fürsorge treffen können. Die übrigen Gesellschafter sind in gleicher Weise zur einstweiligen Fortführung der ihnen übertragenen Geschäfte verpflichtet. Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend.

E. I 652, E. II 665, RV. 714. — Mot. S. 622—3, Prot. II S. 439.

1. Daß der **Tod eines Gesellschafters** die Gesellschaft auflöse, ergibt sich, ähnlich wie beim Auftrag (§ 673), aus der normalen Parteiabsicht bei Eingehung des Verhältnisses, s. § 5 J. III, 25: „quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit". Dieser Auflösungsgrund ist nicht nur im Gemeinen Recht anerkannt — hier konnte nicht einmal durch Vertrag Übergang der Sozietät auf die Erben ausbedungen werden, ll. 35, 52 § 9, 59 pr. h. t. („societatem non posse ultra mortem porrigi"), — sondern auch im Code Art. 1865, 1868, SächsGB. §§ 1383—4, auch HGB. Art. 123 Nr. 2, 127 (§ 131 Z. 4, 139), für die stille Gesellschaft Art. 261. Jedoch war hier überall gegenteilige Übereinkunft möglich, und nach dem Landrecht §§ 278—90 der Tod überhaupt nicht unterschiedslos Auflösungsgrund für das Gesellschaftsverhältnis.

Das BGB. folgt auch hier dem Vorbild des Handelsrechtes, läßt also **den Tod nur kraft dispositiven Rechtssatzes die Auflösung herbeiführen**. Es kann im Gesellschaftsvertrage nach verschiedenen Richtungen ein anderes vereinbart werden:

a) **Erstreckung auf die Erben des Gesellschafters**; dann treten diese von Rechts wegen in das Verhältnis mit allen ihrem Erblasser bisher zustehenden Rechten und Pflichten ein; nur die diesem etwa besonders zugewiesene (§§ 709 ff.) Geschäftsführungsbefugnis wird man auch dann mangels besonderer Abmachung nicht auf sie übertragen werden lassen. Ebenso Knoke S. 125.

b) **Fortbestehen der Gesellschaft nur zugunsten der andern**; besonders erwähnt und geregelt in § 736, s. Bem. dazu.

Davon abgesehen **löst der Tod** eines Gesellschafters das Verhältnis **unmittelbar**, ohne daß es auf die Kenntnis der Beteiligten ankäme. Diese ist nur im Sinne von § 729 von Bedeutung.

2. **Absatz** 2 entspricht mutatis mutandis dem Vorbild des § 673 beim Auftrag; das dort Gesagte wird daher auch hier im allgemeinen verwertbar sein. Die Erben haften insoweit, wie der Erblasser, noch aus dem Vertrage (s. den Schlußsatz); die gemeinrechtliche Vorschrift, wonach sie bei dem von ihnen vorzunehmenden Geschäft nur für dolus und culpa lata aufzukommen haben (Windscheid § 408 No. 12) ist aufgehoben; die Haftung der Erben erscheint vielmehr fortan wie die eines eigentlichen Gesellschafters. Wegen der Ersatzpflicht s. Weyl, Versch. Begr. S. 30.

Daß die Erben insbesondere auch **Rechenschaft** abzulegen haben für die von ihnen besorgten Geschäfte, ergibt sich zweifelsfrei aus dem Wortlaut.

3. S. auch neues HGB. §§ 131 Nr. 4, 137—9.

§ 728.

Die Gesellschaft wird durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst. Die Vorschriften des § 727 Abs. 2 Satz 2, 3 finden Anwendung.

E. I 653, E. II vacat, RV. 715. — Mot. S. 623—4, Prot. II S. 439.

1. Diese Bestimmung entspricht gleichfalls dem Gemeinen Recht, l. 65 § 1, 12 D. h. t. Code Art. 1865 Nr. 4, SächsGB. § 1385 und dem HGB. Art. 123 Nr. 3 (§ 131 Nr. 5), während nach dem Preußischen Recht der Konkurs den übrigen nur ein Rücktrittsrecht gewährte.

Die Auflösung erfolgt auch hier unmittelbar von Rechts wegen, vorbehaltlich der residuären Wirkungen des Verhältnisses gemäß § 729.

2. Während der Satz im übrigen zwingendes Recht darstellt, kann im Gesellschaftsvertrage vereinbart werden, daß die Gesellschaft für den fraglichen Fall unter den andern fortbestehen soll, s. dazu § 736.

3. S. auch KO. § 28 wegen der Rechte des bisherigen geschäftsführenden Gesellschafters im Konkurse eines der anderen Gesellschafter.

§ 729.

Wird die Gesellschaft in anderer Weise als durch Kündigung aufgelöst, so gilt die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag

übertragene Befugnis zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten gleichwohl als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntnis erlangt oder die Auflösung kennen muß.

E. I 654, E. II 666, RV. 716. — Mot. S. 624—5, Prot. II S. 439—40.

1. Die Bestimmung entspricht dem § 674 beim Auftrage; es kann wiederum auf das dort Bemerkte als entsprechend anwendbar verwiesen werden.

Sie erstreckt sich außer der Kündigung auf alle Auflösungsgründe des Verhältnisses, auch auf die im BGB. nicht besonders aufgeführten. Die Handlungen des Geschäftsführenden, mag der Auflösungsgrund in seiner Person (Konkurs!) oder aus anderen Gründen entstanden sein, verpflichten nach wie vor die andern.

2. S. auch die ähnlichen Bestimmungen in §§ 1682, 1893 Abs. 1, ferner KO. § 28.

§ 730.

Nach der Auflösung der Gesellschaft findet in Ansehung des Gesellschaftsvermögens die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern statt.

Für die Beendigung der schwebenden Geschäfte, für die dazu erforderliche Eingehung neuer Geschäfte sowie für die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens gilt die Gesellschaft als fortbestehend, soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert. Die einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage zustehende Befugnis zur Geschäftsführung erlischt jedoch, wenn nicht aus dem Vertrage sich ein anderes ergibt, mit der Auflösung der Gesellschaft; die Geschäftsführung steht von der Auflösung an allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu.

E. I 655, E. II 667, RV. 617. — Mot. S. 625—26, Prot. II S. 440.

1. Sofern nach der erfolgten Auflösung der Gesellschaft noch gemeinsames Vermögen vorhanden ist, würden darauf an sich fortan nur die Regeln der außervertragsmäßigen Gemeinschaft zur Anwendung kommen können. Das hat aber das BGB. mit Recht als unzulänglich erachtet; wie schon vor ihm das Landrecht (§§ 304—5) und besonders das HGB. Art. 133—45, namentlich 144, hat es **über die Auseinandersetzung besondere Bestimmungen** getroffen. Danach wird die Gesellschaft nicht restlos aufgehoben; sie **dauert** vielmehr innerhalb ihrer allerdings nunmehr viel beschränkteren, ausschließlich der Vermögensaufteilung gewidmeten Zwecke (**„soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert") noch fort**; um den handelsrechtlichen Ausdruck aufzunehmen, als **Liquidationsgesellschaft**.

Das Gesellschaftsvermögen bleibt inzwischen noch ein selbständiges, gesamthänderisches Sondervermögen (so Knoke S. 121, anders Jörges (s. vor § 705) S. 58, weitere Angaben über die Streitfrage bei Neumann I S. 423). Das gesamthänderische Miteigentum verwandelt sich nicht etwa in gewöhnliches Miteigentum nach Bruchteilen. Das hat auch meine Aufl. 1, die Knoke für die Gegenmeinung zitiert, nicht behauptet.

Jedoch ist dabei das vom HGB. zu Grunde gelegte **System besonderer Liquidatoren nicht aufgenommen**; die Geschäftsführung steht vielmehr von nun an stets, unter Wegfall etwaiger besonderer Anrechte darauf, allen Gesellschaftern gemeinsam zu; sie müssen also **kollektiv** handeln, wie übrigens auch die handelsrechtlichen Liquidatoren (Art. 136, jetzt § 150).

2. Die sämtlichen Bestimmungen des § 730 stellen **dispositives Recht** dar; das ist wegen des Erlöschens der Vertretungsmacht besonders ausgesprochen, unterliegt aber auch im übrigen keinem Zweifel.

§ 731.

Die Auseinandersetzung erfolgt in Ermangelung einer anderen Vereinbarung in Gemäßheit der §§ 732 bis 735. Im übrigen gelten für die Teilung die Vorschriften über die Gemeinschaft.

E. I 656[5], E. II 667[3], RV. 718. — Mot. S. 630, Prot. II S. 443.

Über die Auseinandersetzung sind in den §§ 732—35 eine Anzahl Bestimmungen enthalten; soweit sie nichts besonderes enthalten, kommen laut § 731 die Regeln der Gemeinschaft, §§ 741 ff., zur Anwendung. Dies alles natürlich unvorgreiflich etwaiger besonderer Regelung im Gesellschaftsvertrage. Daß die Rechte der Gesellschaftsgläubiger dadurch nicht nachteilig beeinflußt werden dürfen, ist selbstverständlich.

§ 732.

Gegenstände, die ein Gesellschafter der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, sind ihm zurückzugeben. Für einen durch Zufall in Abgang gekommenen oder verschlechterten Gegenstand kann er nicht Ersatz verlangen.

E. I 656[1], E. II 668, RV. 719. — Mot. S. 626—28, Prot. II S. 440—41.

Nach § 732 soll von den eingebrachten Gegenständen das der Gesellschaft nur zur Benutzung („quoad usum") Überlassene den Einbringern in Natur zurückgegeben werden, während die „quoad sortem" eingebrachten gemeinschaftlich bleiben und zur Schuldentilgung, eventuell Verteilung, verfügbar bleiben sollen, sodaß der Einbringer sie nicht einmal in Anrechnung auf seine Einlage zurückzunehmen berechtigt oder verpflichtet ist, s. Mot. S. 629; so auch das handelsrechtliche Vorbild, Art. 143.

Die Gefahr der ersteren Klasse trifft folgerecht, im Gegensatz zu der der letzteren, den Einbringer; er kann für Verlust oder Verschlechterung mangels besonderer Garantieübernahme der Gesellschaft oder eines vertretbaren Verschuldens der andern Gesellschafter keinen Ersatz verlangen.

Die Abgrenzung beider Klassen kann zweifelhaft sein, wenn der Gesellschaft zwar nicht die ganze Sache, aber ein Recht daran überwiesen ist. Handelt es sich um nicht übertragbare Gerechtsame, wie Nießbrauch und mietsartige Benutzungsrechte, so sind die Sachen offenbar nur quoad usum gemeinsam; anders möchte bei der Gesellschaft bestellten Grundgerechtigkeiten und Erbbaurechten zu entscheiden sein: hier hat die Gesellschaft übertragbare Rechte erworben, die nicht ohne weiteres dem Besteller wieder zurückzugewähren sind.

Auch soweit § 732 Naturalrückgabe an den Einbringer vorschreibt, tut er das nur im Sinne einer obligatorisch wirkenden Vorschrift; von einem dinglichen Rückfall ist keine Rede.

§ 733.

Aus dem Gesellschaftsvermögen sind zunächst die gemeinschaftlichen Schulden mit Einschluß derjenigen zu berichtigen, welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern geteilt sind oder für welche einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter als Schuldner haften. Ist eine Schuld noch nicht fällig oder ist sie streitig, so ist das zur Berichtigung Erforderliche zurückzubehalten.

Aus dem nach der Berichtigung der Schulden übrig bleibenden Gesellschaftsvermögen sind die Einlagen zurückzuerstatten. Für Einlagen, die nicht in Geld bestanden haben, ist der Wert zu ersetzen, den sie zur Zeit der Einbringung gehabt haben. Für Einlagen, die

in der Leistung von Diensten oder in der Überlassung der Benutzung eines Gegenstandes bestanden haben, kann nicht Ersatz verlangt werden.

Zur Berichtigung der Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen ist das Gesellschaftsvermögen, soweit erforderlich, in Geld umzusetzen.

E. I 656[2–4], E. II 669, RV. 720. — Mot. S. 628—9, Prot. II S. 441—3.

1. **Allgemeines**: Das nach der Auflösung der Gesellschaft verbleibende Gesellschaftsvermögen hat noch einen dreifachen Zweck zu erfüllen; es dient sukzessive:

a) zur Befriedigung der Gläubiger, Abs. 1.

b) zur Rückerstattung der Einlagen, Abs. 2.

c) zur Verteilung eines etwaigen Gewinnes, § 734.

Soweit es zu einem dieser Zwecke nicht zureicht, müßte dieser an sich unerledigt bleiben. Jedoch müssen die ersten Zwecke — Schuldentilgung und Erstattung der Einlagen — im Sinne des BGB. unter allen Umständen erreicht werden; § 735 legt deshalb den Gesellschaftern die Pflicht auf, den etwaigen Fehlbetrag zu decken. Man kann das so auffassen, daß nunmehr das Gesellschaftsvermögen zu diesen Zwecken immer zureicht, nötigenfalls unter Zuhilfenahme des etwaigen Deckungsanspruches aus § 735.

2. **Zu Absatz 1:**

a) **Unter den gemeinschaftlichen Schulden** sind alle Gesellschaftsschulden zu verstehen (s. Bem. zu § 718), einerlei, ob sie gemeinschaftlich oder nur von einem oder einzelnen Gesellschaftern im Bereiche ihrer Vertretungsmacht kontrahiert sind. Es gehören nicht nur die Schulden an dritte dahin, sondern, wie zum Überfluß besonders bestimmt ist, auch die der Gesellschaft (den übrigen Gesellschaftern als solchen) gegenüber einem Gesellschafter obliegenden. Welche das sind, ergibt sich insbesondere aus §§ 713 und 717, s. Bem. dazu; erst recht gehören aber auch die Ansprüche zu dieser Klasse, die dem Gesellschafter kraft eines besonderen mit der Gesellschaft geschlossenen Rechtsgeschäftes oder durch Zession seitens eines anderen Gläubigers zustehen. Natürlich kann der Gesellschafter-Gläubiger diese Ansprüche gegen das Gesellschaftsvermögen in vollem Umfange geltend machen, nicht nur unter Abzug der auf ihn selbst fallenden Belastungsquote: indem er den Gesamtbetrag aus dem Gesellschaftsvermögen entnimmt, entzieht er den auf ihn fallenden Betrag ohnedies schon sich selbst!

Ob die „gemeinschaftlichen" Schulden solche sind, die nur das Gesellschaftsvermögen belasten — so in der Regel die Ansprüche der einzelnen Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft — oder auch die Gesellschafter persönlich — so in der Regel die Ansprüche dritter, s. Bem. zu §§ 713 und 718, macht im Sinne des § 733 keinen Unterschied.

Sicher dürfte sein, daß zu den „gemeinschaftlichen Schulden" im Sinne des § 733 nicht alle die gehören, für die zufällig alle einzelnen Gesellschafter haften, sondern nur die mit den Gesellschaftszwecken innerlich zusammenhängenden, die Gesellschaftsschulden in dem zu § 718 festgestellten Sinne. So auch die meisten, z. B. Crome § 284, III, Gierke, Verein S. 35, Goldmann-Lilienthal S. 777 Anm. 56, Jäger zu KO. § 51 Anm. 6, Knoke S. 117, Planck Nr. 1, Staudinger I, 1b, jetzt auch Schollmeyer S. 157 Anm. 1.

b) Zu den „gemeinschaftlichen Schulden" im Sinne dieses Absatzes gehören auch diejenigen, „**welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern geteilt sind**". Auch dies sind natürlich nicht gewöhnliche Privatschulden, bei denen nur zufällig die Sozien beteiligt sind, sondern Schulden, die **den Gesellschaftern** in dieser ihrer Eigenschaft obliegen (s. Mot. S. 628), und die sich daher für das innere Gesellschaftsverhältnis als gemeinschaftliche Gesellschaftsschulden darstellen, ohne Rücksicht auf die hier ausnahmsweise geteilte Haftung nach außen. Diese kann sich auch bei Gesellschaftsschulden daraus ergeben, daß sie im Vertrage besonders ausgemacht ist, bei nicht vertragsmäßigen Schulden tritt sie nach § 420 sogar im Zweifel ein.

Aus der Bestimmung dürfte sich ein neuer Beleg dafür ergeben, daß die für die Gesellschaft aufgenommenen Schulden zunächst auf dem Gesellschaftsvermögen lasten (s. oben zu § 718 Nr. 2d). Allerdings sind die Gläubiger wegen der daneben

herlaufenden — hier anteilsmäßig beschränkten — persönlichen Haftung der Gesellschafter nicht verpflichtet, auf eine Befriedigung daraus zu warten. Haben sie einen Gesellschafter, wie sonst auf das Ganze, so hier auf seinen Anteil in Anspruch genommen, so gewinnt dieser nach § 713 einen Rückgriff gegen das Gesellschaftsvermögen in der oben dargestellten Art.

c) Die Bestimmung des **Abs. 1 Satz 2** entspricht der Natur der Sache und dem Vorbild des HGB. Art. 141. Daß die Schulden durch die Auflösung nicht ohne weiteres fällig werden, ist selbstverständlich (so auch RG. Bd. 5 Nr. 288, Staub § 4 zu Art. 141). Wie sich die Zurückbehaltung vollziehe, ist nicht gesagt; normalerweise wird es wohl zu einer Hinterlegung (§§ 372 ff.) kommen.

3. **Zu Absatz 2:** Über den Begriff und die Arten der Einlage s. Bem. zu § 707 Nr. 2, auch zu § 732. Unter dem nach Satz 2 zu erstattenden Wert ist, wie sonst, auch hier nur der objektive zu verstehen, nicht der subjektive Wert oder gar das Interesse des Einbringenden.

4. **Zu Absatz 3:** Soweit die Ansprüche der Gläubiger auf einen bestimmten Gegenstand gehen, kann das Gesellschaftsvermögen in Natur zur Durchführung der dargestellten Zwecke verwendet werden. Im übrigen geschieht diese überall in Geld, auch zur Erstattung der nicht in solchem bestehenden Einlagen, s. oben Nr. 3 und Bem. zu § 732. Soweit im Gesellschaftsvermögen das dazu erforderliche bare Geld nicht vorhanden ist, muß es nach Abs. 3 in Geld umgesetzt werden; andere Gegenstände sind dazu nur nach den Grundsätzen der Hingabe an Zahlungsstatt geeignet, so selbst bei Rückgabe bestimmter als Einlage gegebener Gegenstände an den Einbringer.

§ 734.

Verbleibt nach der Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und der Rückerstattung der Einlagen ein Überschuß, so gebührt er den Gesellschaftern nach dem Verhältnis ihrer Anteile am Gewinne.

E. I 656³ (teilweise), E. II 670¹, RV. 721. — Mot. S. 629, Prot. II S. 441—3.

Der sich nach Erledigung der in § 733 angegebenen Zwecke ergebende **Überschuß** wird nach den Gewinnanteilen im Sinne von § 722 verteilt. Die Teilung selbst vollzieht sich hier gemäß § 731 nach den Regeln der Gemeinschaft; also findet, anders als nach § 733 Abs. 3, nicht immer Umsetzung in Geld statt, vielmehr werden teilbare Gegenstände (auch Rechte) einfach geteilt, andere verkauft unter Teilung des Erlöses, §§ 752 ff.

Natürlich haben die Regeln des § 734 zunächst nur obligatorische Wirkung, begründen nicht etwa eine dingliche Änderung der rechtlichen Zuständigkeit (s. Bem. 1 zu § 730).

§ 735.

Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen nicht aus, so haben die Gesellschafter für den Fehlbetrag nach dem Verhältnis aufzukommen, nach welchem sie den Verlust zu tragen haben. Kann von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so haben die übrigen Gesellschafter den Ausfall nach dem gleichen Verhältnisse zu tragen.

E. I 656³ (teilweise), E. II 670², RV. 722. — Mot. S. 629, Prot. II S. 441—3.

1. Wie der Überschuß des Gesellschaftsvermögens nach Gewinnanteilen unter die Genossen zu verteilen, so ist auch das etwaige **Defizit** umgekehrt auf sie **nach Verlustanteilen** (§ 722) **zu repartieren.** Auch die Gefahr einer Zahlungsunfähigkeit eines Gesellschafters tragen die übrigen nach denselben Anteilen.

Und zwar handelt es sich nach dem BGB. dabei **nicht nur um die Deckung der Schulden,** sondern im Gegensatz zu Entw. I, der nur aus dem nach ihr etwa

verbleibenden Betrag die Einlagen anteilsmäßig erstattet werden und sonst den Einlegenden den Ausfall selbst tragen ließ, auch um solche der **Einlagen**. Diese Änderung ist von großer Bedeutung für den offenbar nicht seltenen Fall, daß das Wertverhältnis der Einlagen nicht dem vertragsmäßigen Verlustanteil der Gesellschafter entspricht.

2. Das im Sinne des § 753 einzuschlagende **Verfahren** ist verschieden:

a) Sind Forderungen dritter zu decken, so kann jeder Gesellschafter vom andern verlangen, daß er eine seinem Verlustanteil entsprechende Summe in die Gesellschaftskasse einschieße, damit daraus die Deckung erfolge.

b) Wegen ihrer eigenen Regreßansprüche dagegen können die einzelnen Gesellschafter einander unmittelbar zu den entsprechenden Anteilen (s. Text) auf Leistung verklagen, und zwar wohl direkt an sich, nicht nur zunächst an die Gesellschaftskasse, s. Knoke S. 123 (wegen KO. § 28).

3. **Beteiligung am Verlust** (s. Staudinger II, 1): sie ist im Zweifel bei allen gleich, s. § 722 und Bem. dazu, trifft also auch die nur mit persönlicher Dienstleistung beitragspflichtigen Gesellschafter. Hat der Pflichtige zugleich selbst einen Regreßanspruch, so kann er die dem Verlustanteil seines Gläubigers entsprechenden Quoten desselben zur Aufrechnung gegen ihn verwenden.

4. Die Haftung nach Satz 2 ist nur subsidiär, sie setzt zu ihrem Eintritt den Nachweis voraus, daß von dem einen Gesellschafter der auf ihn entfallende Anteil nicht erlangt werden kann: so bei Konkurs, fruchtloser Vollstreckung, Nachlaßkonkurs oder sonstiger beschränkter Haftung des Erben wegen des überschuldeten Nachlasses; auch bei Unerreichbarkeit, Verschollenheit.

5. Daß auch § 375 **dispositiv** ist, folgt schon aus § 731.

§ 736.

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt oder wenn der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so scheidet bei dem Eintritt eines solchen Ereignisses der Gesellschafter, in dessen Person es eintritt, aus der Gesellschaft aus.

E. I 657, E. II 671, RB. 723. — Mot. S. 630, Prot. II S. 443—44.

Literatur: Gösch, Dissert. Göttingen 1900.

1. Die Vorschrift des § 736 entspricht dem Vorbild des HGB. Art. 127 (jetzt § 137) und kommt einem „unverkennbaren praktischen Bedürfnis" (Mot. S. 630) entgegen. Sie ermöglicht für die im Text genannten Fälle den Fortbestand der alten Gesellschaft, ohne daß es, wie im Gemeinen Recht (l. 65 § 9 h. t., Windscheid § 408 No. 18—19), dazu der Begründung einer formell neuen bedürfte. Natürlich setzt der Eintritt der Bestimmung, deren wesentlichste Bedeutung in ihrer Anwendbarkeit auf die nicht rechtsfähigen Vereine (§ 54) besteht, voraus, daß noch „übrige Gesellschafter", also nicht nur ein einziger, vorhanden sind. Alsdann scheidet der, in dessen Person die genannten Ereignisse eingetreten sind, in dem Zeitpunkte, in dem an sich dadurch die Gesellschaft aufgelöst worden wäre (z. B. beim Zugehen seiner Kündigung an die andern), einfach aus. Sein Anteil am Gesellschaftsvermögen bezw. dessen Bestandteilen geht unmittelbar von Rechts wegen auf die andern über im Sinne einer dinglichen Anwachsung, keineswegs nur im Sinne eines obligatorischen Übertragungsanspruches.

Das gilt auch von Gesellschaftsgrundstücken. Allerdings ist der Ausgeschiedene zunächst noch im Grundbuch miteingetragen, und das kann möglicherweise Wirkungen haben zu Gunsten gutgläubiger dritter. Aber materiell ist auch hier die Rechtsänderung bereits eingetreten, und gegen den Ausgeschiedenen kann folgerecht der Berichtigungsanspruch gemäß § 894 geltend gemacht werden, s. Gierke S. 24. Den Gläubigern gegenüber wird der Ausgeschiedene durch seinen Austritt noch nicht ohne weiteres von den bereits entstandenen Verbindlichkeiten befreit, s. § 738.

2. **Die Voraussetzung** eines derartigen Fortbestehens der Gesellschaft ist eine vorgängige Abmachung im Gesellschaftsvertrage oder einem besonderen Nachtrag. Indem

offenbar jede vor wirklich erfolgter Auflösung vollzogene Abrede dieser Art den Charakter des letzteren haben kann, ist die Fassung des BGB. materiell von der des HGB. und des Entw. I („haben die Gesellschafter vor der Auflösung vereinbart. . .") nicht verschieden.

Dagegen ist eine erst nach bereits eingetretener Auflösung erfolgte Vereinbarung der übrigen Gesellschafter, wie das HGB. § 140 sie kennt, im BGB. nicht erwähnt. Sie kann höchstens die Begründung eines **neuen** Gesellschaftsverhältnisses an Stelle des alten unter Verzicht auf Auseinandersetzung unter den bei solcher Abrede Beteiligten bedeuten, nicht die einmal beseitigte alte Gesellschaft wieder ins Leben rufen, so auch OLG. Hamburg Rchtspr. V 380.

3. Über den umgekehrten Fall des **Neueintritts** eines Gesellschafters hat das BGB. nichts besonderes bestimmt, und seine Behandlung ist daher sehr streitig geworden (s. auch Kopp, Dissert. Erlangen 1902 und besonders Knoke, ArchBürgR. **20** 170ff.).

a) Nach der einen Auffassung bedeutet dieser Eintritt — dessen Zulässigkeit wohl nirgends bestritten wird — den Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages, also Auflösung der alten und Eingehung einer neuen Gesellschaft. So besonders Planck Nr. 2, Enneccerus S. 742—3, Kopp, Staub aaO. Anm. 74, früher auch Cosack, Aufl. 1 S. 389, Knoke, Gesellschaft S. 131ff., sowie meine Aufl. 1. S. auch die Angaben bei Gierke S. 25 Anm. 36.

b) Die zweite, jetzt wohl herrschende Ansicht läßt dagegen die bisherige Gesellschaft fortbestehen; wie beim Austritt eines Gesellschafters den andern dessen Teil anwächst, wächst ihnen hier ein solcher zu gunsten des Eintretenden ohne weiteres ab. Besondere Übertragungsakte sind nicht erforderlich, auch nicht bei Grundstücken: so lange der Eintretende darin noch nicht eingetragen steht, ist das Grundbuch fortan ungenau und wiederum der Berichtigung nach § 894 ausgesetzt. Eine persönliche Haftung des Eintretenden ist den Gesellschaftsgläubigern gegenüber freilich mangels besonderer Schuldübernahme nicht begründet (anders als nach HGB. § 130): er haftet vielmehr an sich nur mit ihm zugewiesenen Anteilen an den Stücken des Gesellschaftsvermögens.

So besonders Gierke S. 25ff., 41 (mit weiteren Angaben, Anm. 38a), ferner Crome § 285, II, Dernburg § 362, III, Hellwig, Verträge S. 397, Anspruch S. 282, Jörges S. 213ff., Meurer, Juristische Personen S. 144ff., Nagler aaO. S. 730, Staudinger Nr. II, Tränkner, Sächsische Vorträge S. 393, neuerdings auch Cosack § 279, II und Knoke, Arch. **20** 170ff.

c) Vermittelnd Goldmann-Lilienthal S. 784: Der Eintritt begründet nicht die Entstehung eines neuen Gesellschaftsverhältnisses, nicht aber wachsen dem Eintretenden ohne weiteres Anteilsrechte an, vielmehr ist, insbesondere bei Grundstücken, eine besondere Anteilsübertragung erforderlich.

d) Die herrschende Meinung (Anwachsungstheorie) dürfte das Richtige treffen. Die früher von mir angenommene Plancksche Lehre führt, wie Gierke erwiesen hat, zu großen Unzuträglichkeiten; sie läßt sich nur durch verkünstelte, den tatsächlichen Verhältnissen wenig entsprechende Deutungen retten. Sie scheitert besonders beim nichtrechtsfähigen Verein, wo die Annahme einer fortwährenden Neugründung als Folge jedes Neueintritts doch eine einfach unmögliche Vorstellung sein würde! Die Analogie des entsprechenden Austritts-Falles spricht für die Gleichbehandlung auch beim Eintritt, das Schweigen des Gesetzes um deswillen nicht dagegen, weil nicht erweislich ist, daß die §§ 736, 738 eine singuläre Satzung darstellen wollten, vielmehr als einfache Konsequenzen des im Gesetz angenommenen Prinzips der Gesamthand erscheinen. Auch ist die hier verfochtene Lehre keineswegs nur haltbar von dem besonderen Gierkeschen Gesamthandbegriff (s. oben vor § 705) aus, wie der Vorgang mehrerer Verfechter einer Rechtsteilung nach Quoten, Jörges und Nagler, beweist.

Die Mittelmeinung von Goldmann-Lilienthal erscheint vollends als eine schwer verständliche Halbheit. Wer mit uns in den Anteilsrechten des Gesellschafters nur selbstverständliche Folgerungen aus seiner Mitgliedschaft sieht (s. Vorbem. vor § 705), für den ist sie von vornherein ausgeschlossen. Es bedarf somit bei grundbuchmäßigen Rechten zwar der Berichtigung (§ 894), aber keineswegs einer Teilauflassung zu gunsten des neuen Sozius. Ebensowenig besteht ein Bedürfnis dafür, mit Jörges S. 216 von der unmittelbaren Anwachsung die Gesellschaftsforderungen auszunehmen; seine Lehre steht und fällt mit der oben Bem. 1 zu § 718 zurückgewiesenen Annahme, daß darin nur gewöhnliche aktive Gesamtschuldverhältnisse zu finden seien.

§ 737.

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so kann ein Gesellschafter, in dessen Person ein die übrigen Gesellschafter nach § 723 Abs. 1 Satz 2 zur Kündigung berechtigender Umstand eintritt, aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Das Ausschließungsrecht steht den übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Die Ausschließung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem auszuschließenden Gesellschafter.

E. II 672, RV. 724. — Prot. II S. 444.

1. Während auf Grund von § 736 unter den dort angegebenen Voraussetzungen die Gesellschaft trotz Kündigung eines Gesellschafters fortbesteht, handelt § 737 von dem Fall, daß **ein Gesellschafter den andern einen Kündigungsgrund gibt** im Sinne von § 723 Abs. 1 Satz 2, s. Bem. dazu. Auch hier wird nach dem Vorbild des ähnlichen, aber weitergehenden Art. 128 (§ 140) HGB. ein Ausweg gegeben, um die völlige Auflösung der Gesellschaft zu vermeiden: die andern Gesellschafter können den Betreffenden ausschließen:

a) Wenn es im Gesellschaftsvertrage — oder einem Nachtrag dazu — besonders vorgesehen war.

b) Aber nur durch gemeinsamen Beschluß; sind sie nicht einig, so bleibt allein der Ausweg einer gewöhnlichen Kündigung der Gesellschaft übrig.

2. **Die Ausschließung selbst** erfolgt durch empfangsbedürftige Willenserklärung der andern gegenüber dem Auszuschließenden. Über die Rechtmäßigkeit ist gegebenenfalls gerichtliche Entscheidung anzurufen, jedoch wirkt das Urteil auch hier überall nur deklarativ, nicht wie nach Handelsrecht konstitutiv.

3. § 737 gilt auch bei Gesellschaften auf unbestimmte Zeit; auch hier ist der Ausschluß des einen Gesellschafters nur statthaft, wenn er den andern einen wichtigen Grund an die Hand gibt, s. Leist, Inneres Vereinsrecht S. 126.

4. Ist die Bestimmung *zwingend* oder *dispositiv*? S. darüber Leist aaO. S. 129, der insbesondere bei nichtrechtsfähigen Vereinen, aber auch bei Gesellschaften die Gründe für einen bloß dispositiven Charakter de lege lata (*nicht* auch ferenda!) als überwiegend erachtet. Allerdings ist eine *ausdrückliche* Beschlußfassung zu erfordern; ein Operieren mit dem „vermutlichen" Willen erscheint gegenüber einem im Gesetz so bestimmt ausgesprochenen Prinzip schwerlich als durchgreifend.

§ 738.

Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu. Diese sind verpflichtet, dem Ausscheidenden die Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen, nach Maßgabe des § 732 zurückzugeben, ihn von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien und ihm dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Sind gemeinschaftliche Schulden noch nicht fällig, so können die übrigen Gesellschafter dem Ausscheidenden, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

Der Wert des Gesellschaftsvermögens ist, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln.

E. I 658[1, 4–6], E. II 673, RV. 725. — Mot. S. 631—32, Prot. II S. 444—7.

1. **Allgemeines:** Die §§ 738—40 handeln — im wesentlichen dem Vorbild des HGB. Art. 130—31 folgend — von den **Wirkungen eines bloß einseitigen Ausscheidens** eines Gesellschafters im Sinne der §§ 736—37. In diesen Fällen **wächst der Anteil** des Ausgeschiedenen oder Ausgeschlossenen am Gesellschaftsvermögen selbst **den übrigen Gesellschaftern zu**, ohne daß es einer besonderen Übertragung der einzelnen Stücke benötigt, dies selbst nicht bei den grundbuchmäßiger Umschreibung bedürftigen Rechten, s. Bem. 1 zu § 736. Ebensowenig besteht eine Ausnahme bei den Gesellschaftsforderungen, wie Jörges S. 216 in Konsequenz seiner Lehre (s. dagegen schon oben Nr. 1 zu § 718), sie seien gewöhnliche Korrealforderungen, behauptet. Nur die Verfügungszuständigkeit soll auf die übrigen übergehen. Eine gekünstelte, den praktischen Bedürfnissen nicht genügende Folgerung aus unbewiesenen Prämissen! Es handelt sich eben um eine Spezialuniversalsukzession oder richtiger, um eine **Anwachsung** der dem Betreffenden zustehenden Quote des Zweckvermögens an die andern. Dies eine Neuerung des Entw. II, indem Entw. I § 658 Abs. 4 nur einen persönlichen Anspruch der andern auf Übertragung der Quote anerkannt hatte.

Der Ausscheidende verliert natürlich seine Rechte nicht ganz, sie nehmen nur einen andern Charakter an, den von gewöhnlichen Forderungsrechten. Er kann verlangen:

a) Herausgabe der der Gesellschaft nur zum Gebrauch überlassenen Sachen — einerlei, ob sie ihm selbst gehören oder nicht. Denn es handelt sich nicht um einen dinglichen Anspruch, sondern um die persönliche actio pro socio.

b) Entlastung von den Schulden, s. Nr. 2.

c) Herausgabe des Wertbetrages, der seinen etwaigen Ansprüchen an die Gesellschaft, seinen sonstigen Einlagen und seinem Anteil am Nettobestande des Gesellschaftsvermögens entspricht. Daß hier **immer nur ein Geldquantum**, nicht wie nach § 734 ein realer Teil der teilbaren Gesellschaftsgegenstände oder eine Versilberung des Gesellschaftsvermögens verlangt werden kann, ergibt sich aus dem Zweck der Bestimmung und aus Abs. 2.

Das ist natürlich nur ein persönlicher Anspruch, keine dinglich gesicherte Gerechtsame, Staub aaO. Anm. 7. Zur Feststellung der Höhe dieses Abfindungsguthabens kann der Ausgeschiedene nötigenfalls die andern in Anspruch nehmen, event. auch die Zuziehung eines Sachverständigen dazu auf Kosten der Gesellschaft verlangen. Umgekehrt ist auch er den andern gegebenenfalls zur Mitwirkung bei dieser Ermittelung verpflichtet. S. überall Staub aaO. Anm. 6.

Haften für das Abfindungsguthaben die andern Gesellschafter persönlich, oder nur das Gesellschaftsvermögen? Für die erste Alternative spricht neben dem Wortlaut die Erwägung, daß der Ausgeschiedene dem rechnerischen Endergebnis nach so gestellt werden soll, wie wenn die Gesellschaft aufgelöst wäre. In diesem Fall aber hätte er wegen seiner Einlagen und Erstattungsansprüche nach § 736 auch persönliche Ansprüche gegen die andern pro rata ihrer Verlustanteile gehabt. Bei dem Gewinn ist das freilich anders; dieser hätte ihm selbstverständlich nur aus dem Gesellschaftsvermögen ausgekehrt werden können, und es ist somit anzunehmen, daß auch im Fall des § 738 für den Teil des Abfindungsanspruches, der sich rechnerisch aus Gewinnposten zusammensetzt, keine persönliche Haftung eintritt.

Stellt sich bei der Berechnung des Gesellschaftsvermögens ein Minus als Endergebnis heraus, so muß der Ausgeschiedene nach § 739 dafür entsprechend seinem Verlustanteil aufkommen.

2. Von der ihn — neben der Haftung des Gesellschaftsvermögens — bisher persönlich treffenden **Schuldenhaftung** kann der Ausscheidende natürlich den Gläubigern gegenüber nicht frei werden; daher müssen die Gesellschafter ihn nach Abs. 1 Satz 2 davon befreien, event., wegen noch nicht fälliger Schulden, ihm wenigstens für seine demnächstige Liberierung Sicherheit leisten (nach §§ 232 ff.). Aber er kann auch wohl ausschließende Übernahme solcher Schulden durch die andern verlangen; bei fälligen Schulden jedenfalls sofortige Auszahlung des Betrages an die Gläubiger. Wird diese Pflicht nicht erfüllt, und er infolgedessen von den Gläubigern noch selbst in Anspruch genommen, so hat der Ausscheidende Regreß auf Rückerstattung gegen die verbleibenden Gesellschafter, Staub, Exkurs zu § 141 Anm. 12; s. auch Crome § 285, I, 1c.

Bezieht die Befreiungs- und Sicherheitsleistungspflicht sich auch auf streitige Verbindlichkeiten? S. RG. ZS. I vom 18. II. 1905, Bd. 60 Nr. 36 S. 155 ff. mit zahlreichen Literaturangaben. Das RG. verneint die Frage im Gegensatz zur vorherrschenden Meinung mit m. E. durchschlagenden Gründen. Natürlich kann aber der Ausgeschiedene einen Anspruch auf Befreiung dann geltend machen, wenn er die

Existenz der von den übrigen Gesellschaftern bestrittenen gemeinschaftlichen Schuld beweist.

3. **Der maßgebende Zeitpunkt** für die Anteilsberechnung am Werte des Gesellschaftsvermögens und das Aufhören der Schuldenhaftung ist der Moment des Ausscheidens, wie er sich aus §§ 736—7 ergab. S. jedoch wegen der schwebenden Geschäfte § 740 Abs. 1 und der noch nicht fälligen Schulden § 738 Abs. 1 Satz 3.

4. Zweifelhaft ist die Frage, ob der Ausgeschiedene sich der Erfüllung seiner etwaigen Erstattungspflichten solange entziehen könne, als ihm nicht sein Abfindungsguthaben geleistet wird? Konnexität der beiderseitigen Ansprüche im Sinne von § 273 liegt zweifellos vor. Trotzdem verneint das OLG. Stuttgart (14. III. 1903, Rspr. VI S. 446) das Rückbehaltungsrecht, weil es gegen „Sinn und Zweck des § 738 verstoße"; dem rechtlichen Zusammenhang der Ansprüche sei hier aus „höheren Rücksichten" die Anerkennung versagt. Das scheint mir unbewiesen und in dieser Allgemeinheit bedenklich.

5. Die Bestimmungen des § 738 sind Folgerungen aus dem Prinzip der gesamten Hand.

Daß sie einer besonderen Abrede weichen, ist wohl zweifellos, so auch Mot. S. 632, ferner Gierke S. 33—4, Leist, Vereinsrecht S. 138 (unter Aufgabe seiner früheren abweichenden Meinung, Vereinsherrschaft und -freiheit S. 22 ff.).

§ 739.

Reicht der Wert des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und der Einlagen nicht aus, so hat der Ausscheidende den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnisse seines Anteils am Verlust aufzukommen.

E. I 658⁶, E. II 673², RV. 726. — Mot. 632, Prot. II S. 444—7.

Die Bestimmung entspricht der des § 735 und ist folgerichtig, da der Ausscheidende ja auch umgekehrt vom etwaigen Überschuß seinen Anteil bekommt.

Wegen der Haftung des Ausscheidenden den Gläubigern gegenüber s. Bem. 2 zu § 738.

§ 740.

Der Ausgeschiedene nimmt an dem Gewinn und dem Verluste Teil, welcher sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften ergibt. Die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, diese Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint.

Der Ausgeschiedene kann am Schlusse jedes Geschäftsjahres Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrags und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen.

E. I 658²⁻³, E. II 674, RV. 727. — Mot. S. 631, Prot. II S. 444—7.

1. **Allgemeines**: Der maßgebende Zeitpunkt für die Abrechnung ist, wie schon zu § 738 Nr. 3 bemerkt, der Moment des Ausscheidens des Gesellschafters; jedoch kommen nach § 740 dafür auch die bereits begonnenen, aber noch schwebenden Geschäfte in Betracht, wie es ähnlich, wenn auch mit anderer Formulierung, bereits das HGB. Art. 130²⁻⁴ bestimmt hatte. Der Ausscheidende soll an deren Ausgang im guten wie im bösen noch Anteil haben.

Daß er darum insoweit **noch Gesellschafter sei**, ist **nicht** anzunehmen. Die bisweilen für das bisherige Handelsrecht vertretene Meinung, der Ausgeschiedene habe noch die Eigenschaft als — nicht geschäftsführender — Gesellschafter (Entsch. des ROHG. 15 Nr. 60 S. 204, des RG. 15 Nr. 19 S. 81, dagegen wohl mit Recht ROHG. 10 Nr. 10 S. 57), ist jedenfalls für das BGB. falsch (wie hier Staub, Erl. zu § 141 Anm. 21); nicht an den Geschäften, sondern nur am Ergebnis der

Geschäfte ist der Ausgeschiedene noch beteiligt, steht also nur, wie auch wegen seiner Ansprüche und Pflichten aus §§ 738—9, in einem persönlichen Rechtsverhältnis zur Gesellschaft, ohne deren Mitglied und ohne Teilhaber am Gesellschaftsvermögen zu sein. Die aus §§ 738—9 für oder gegen ihn zuständigen Gesellschaftsansprüche erhöhen sich nur um den sich aus der Abwicklung der Geschäfte ergebenden Restbetrag. Dafür spricht auch entscheidend Abs. 1 Satz 2, der mit dem Wesen einer auf grundsätzlicher Gleichberechtigung beruhenden Gesellschaft schlechthin unverträglich ist.

Folglich hat der Ausgeschiedene auch keinen Anspruch auf Einsicht der Geschäftsbücher und die sonstigen Informationen; denn nur einem wirklichen Gesellschafter wird ein solcher nach § 716 zugebilligt. Dagegen wird man ihm (so auch früher Staub zu Art. 130 § 11, anders freilich jetzt Exk. Anm. 26) gegenüber der Entscheidung des RG. 15 S. 80 noch einen Anspruch auf Vorlegung der etwaigen Inventuren und Bilanzen zubilligen dürfen; s. auch Abs. 2. Andererseits haftet er aus den Abwicklungsgeschäften auch nicht dritten persönlich, Staub Anm. 22.

2. Die dem Ausgeschiedenen zustehenden Rechte werden nach **Abs. 2** noch näher bestimmt, aber auch beschränkt, indem er danach die Auskehrung des Gewinnanteiles nicht sofort nach Erledigung des betr. Geschäftes verlangen kann, sondern immer nur zum Schluß eines Geschäftsjahres.

Die Rechenschaftsablegung vollzieht sich nach § 259, s. Bem. dazu.

Fünfzehnter Titel.

Gemeinschaft.

Vorbemerkung.

Literatur: v. Seeler, Das Miteigentum nach dem BGB. 1899; Crome S. 804 bis 827; Gierke, Sachenrecht S. 383 ff.

1. **Allgemeines:** §§ 741—58 behandeln die Gemeinschaft, communio incidens, d. h. die gewöhnliche, nicht auf Vertrag beruhende Beteiligung mehrerer an einem Rechtsverhältnis oder einer Mehrheit von solchen. Ihre Selbständigkeit gegenüber der Gesellschaft, die ihrerseits logisch einen Sonderfall von ihr bildet, ist nach dem Muster des Römischen Rechts auch schon bisher überall anerkannt, s. die Angaben in den Mot. S. 874 No. 1.

Indem das Eigentümliche der Gemeinschaft nur auf der Tatsache der Gemeinsamkeit des Rechtsverhältnisses beruht, kommt es bei ihr auf einen **bestimmten Zweck oder Rechtsgrund** der Vereinigung **nicht** an; die Bestimmungen des Titels würden an sich auf jede wie immer sonst geartete Gemeinschaft Anwendung finden. Indes ist nicht nur die Gesellschaft (§§ 705 ff.) besonders geregelt, sondern es sind auch für mehrere sehr wichtige Fälle der außervertragsmäßigen Gemeinschaft im BGB. besondere Bestimmungen getroffen, sei es mehr, sei es minder ausschließend. Das ist der Fall:

a) Bei den Gemeinschaften des ehelichen Güterrechts, §§ 1437 ff.

b) Bei der Gemeinschaft der Miterben, §§ 2032 ff.

Diese beiden Fälle stehen der Gesellschaft dadurch am nächsten, daß auch bei ihnen ein gesamthänderisches Gemeinschaftsverhältnis vorliegt, ohne individuelle Verfügungsrechte, also nach dem oben Vorbem. vor § 705 Gesagten keine Gemeinschaft nach Bruchteilen, sondern eine „Gesamtberechtigung", wobei die Anteile an den einzelnen Stücken des Sondervermögens nur unselbständige Ausflüsse der Beteiligung an der personenrechtlichen Gemeinschaft sind (s. auch Sohm, Der Gegenstand, S. 62—3).

Außerdem ist in gewissen Richtungen, aber nur nach der dinglichen Seite, selbständig geregelt:

c) Das Miteigentum, §§ 1008 ff., das im übrigen gerade den wichtigsten Anwendungsfall für die Sätze des vorliegenden Titels bildet.

Es sind aber nicht nur für das Miteigentum, sondern auch in den Fällen a—b die Sätze des vorliegenden Titels nicht ganz ausgeschlossen, sie treten vielmehr nur hinter die besonderen Regeln zurück, gelten bloß subsidiär. Das bestimmt gleich

ausdrücklich der § 741, nach dem auf alle Fälle der Gemeinschaft unsere Vorschriften anwendbar sein sollen, „soweit sich nicht aus dem Gesetze ein anderes ergibt". Ja, selbst auf die Gesellschaft finden laut § 731 mehrere derselben unmittelbare Anwendung.

Überhaupt keine Rechtsgemeinschaft liegt vor im Falle der Gesamtschuldverhältnisse, §§ 420 ff.; denn hier ist jeder Träger eines besonderen Rechtsverhältnisses oder wenigstens, nach der Einheitstheorie, einer besonderen subjektiven Beziehung, so auch Goldmann-Lilienthal S. 787, Sohm aaO. S. 63. Da andererseits für teilbare Forderungen nach § 420 das Römische Prinzip „nomina sunt ipso iure divisa" beibehalten ist, so bleibt für die Rechtsgemeinschaft bei Forderungen nur ein beschränktes Gebiet übrig, ohne daß sie darum unmöglich wäre (s. § 754, Sohm S. 63). Es gehören dahin:

a) Unteilbare Forderungen in dem in der Vorbem. vor § 420 festgestellten Sinn, s. § 432. Ob hier überhaupt eine Rechtsgemeinschaft vorliege, ist bestritten; dafür außer Aufl. 1 auch Goldmann-Lilienthal S. 787, v. Seeler S. 100 ff., dagegen Sohm aaO., weil hier jeder Träger der ganzen Forderung, diese nicht nach Bruchteilen geteilt sei. Aber das ist pet. principii. Die Regelung des § 432 führt vielmehr eine gewisse Gemeinschaft zwischen den Mitgläubigern ein, auf die, wie mir scheint, subsidiär die Regeln unseres Titels angewendet werden können. Doch bedarf die Frage noch weiterer Klärung.

b) Teilbare Forderungen, bei denen kraft besonderer Abrede oder sonstiger Bestimmung die Geteiltheit ausgeschlossen ist, ohne daß darum die Solidarität Platz griffe: so wenn die Geltendmachung und Einziehung der Forderung nur allen Gläubigern gemeinsam zustehen soll.

c) Subsidiär kommen auch auf die Fälle der gesamthänderischen Forderungen die §§ 741 ff. zur Anwendung, da sie keineswegs zu den Gesamtschuldverhältnissen zählen, Sohm aaO. sowie oben zu § 718 Bem. 1 gegen die abweichende Lehre von Jörges.

Nach alledem bleiben für eine uneingeschränkte Anwendung unseres Titels nur einige minder wichtige Fälle übrig, s. die Beispiele bei Eck S. 558 (z. B. Gemeinschaft der Vermächtnisnehmer (nach erworbenem Eigentum), der Finder, der aus einer Auslobung Berechtigten, s. auch unten Nr. 4). Seine Hauptbedeutung besteht in der subsidiären Anwendbarkeit auf die besonders geregelten Fälle.

Dabei ist die Abgrenzung des Gebietes der reinen Gemeinschaften von den ihren Regeln nur subsidiär unterstehenden Fällen nicht immer zweifellos, s. die Fragen bei Goldmann-Lilienthal S. 786–7. Nach ihnen soll, wenn zwischen zwei Personen eine Gesellschaft besteht und sie gemeinsam einen Gegenstand anschaffen, dieser ohne weiteres zum Gesellschaftsvermögen gehören. Das kann aber doch, wie auch wohl Goldmann-Lilienthal nicht bestreiten wollen, nur insoweit zutreffen, als der Erwerb unter § 718 fällt, also nachweislich gerade für die Gesellschaftszwecke vollzogen ist.

Besteht ferner noch keine Gesellschaft, so kann mit der gemeinsamen Anschaffung von Gegenständen leicht ohne weiteres der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages uno actu als verbunden zu erachten sein; z. B. beim gemeinsamen Ankauf eines Loses, eines zur Weiterveräußerung oder zur gemeinsamen Benutzung bestimmten Pferdes, Grundstückes. Aber notwendig ist das nicht, z. B. zwei Nachbarn erstehen gemeinsam eine zu andern Zwecken unbenutzbare Bauparzelle nur zu dem Zwecke, damit nicht durch deren Bebauung ihren Häusern die Aussicht entzogen werde.

2. Die Regeln des Titels 15 gelten zwar nur subsidiär, stellten aber übrigens nach Aufl. 1 zwingendes Recht dar; für eine abweichende vertragsmäßige Gestaltung sei im allgemeinen, mangels besonderer Gestaltung in den einzelnen Paragraphen, kein Platz. Das folgerte ich aus § 741: die Regeln kommen zur Anwendung, sofern sich nicht gerade aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

Anders aber Crome § 286, II, 1: Der genannte Passus wolle nur den subsidiären Charakter der Regeln andeuten, nicht auch sie als zwingendes, die Parteiwillkür ausschließendes Recht kennzeichnen. Das scheint einleuchtend; ich kann somit meine frühere Meinung nicht aufrechterhalten. Daraus folgt freilich nicht der nachgiebige Charakter aller Regeln unseres Titels; entscheidend ist vielmehr die Sonderauslegung, so auch Planck Nr. III, der mit Recht darauf hinweist, daß mittelbar die Beteiligten schon dadurch die Geltung der meisten Regeln des Titels ausschließen können, daß sie eine Gesellschaft vereinbaren.

3. **Grundsätzliche Gestaltung** (s. dazu v. Seeler S. 100ff.): Bei der gewöhnlichen Gemeinschaft hat das BGB., anders als bei der Gesellschaft, das römische Prinzip der quotenmäßigen Teilung beibehalten und durchgeführt, wie schon der Zusatz im § 741: „Gemeinschaft nach Bruchteilen" kundgibt; nur in gewissen besonderen Gemeinschaftsfällen ist das Prinzip der Gesamthand, sei es ganz, sei es teilweise durchgeführt worden, s. oben. Indes zeigt auch der vorliegende Titel gewisse Ansätze zu einer derartigen sozialeren Ausgestaltung des Verhältnisses, namentlich in den §§ 745, 746 und 751, s. Mot. S. 873.

Aber es steht dabei nur eine genossenschaftliche Gestaltung des Verwaltungsrechts in Frage, während die Rechtszuständigkeit selbst — die Quoten- oder Bruchteilung — dadurch in keiner Weise berührt wird, Gierke S. 385. Überhaupt steht das Gesetz auf dem Standpunkt, daß die teilweise ausübbaren Befugnisse auch von den einzelnen selbständig nach Maßgabe ihrer Anteilsrechte ausgeübt werden können; nur die in der Ausübung unteilbaren in der Regel bloß von allen zusammen. S. zur Konstruktion auch Enneccerus S. 745.

4. **Gegenstand der Gemeinschaft** können Rechte aller Art sein, die überhaupt eine Mehrheit von Beteiligten zulassen, nicht nur Vermögensrechte, sondern möglicherweise auch andere (z. B. das Individualrecht auf ein gemeinsam verfaßtes Gedicht); es brauchen ferner keine eigentlichen perfekten Rechte zu sein: auch beim Besitz ist eine Gemeinschaft möglich, ebenso wohl auch bei gemeinschaftlich betriebenen Zeitungsunternehmungen. Im Erk. des RG. ZS. III vom 29. IV. 02, Seuffert 59 Nr. 5 S. 10, ist das nicht bestritten, sondern nur die Veräußerlichkeit des gemeinsamen Wertobjektes im Sinne von §§ 752—3 — ob mit Recht, kann hier dahingestellt bleiben — verneint. Außer dem Eigentum und den Forderungen (s. oben Nr. 1) kommt die Gemeinschaft unseres Titels insbesondere vor bei dinglichen und Autorrechten, s. ferner die eigentümlichen Gemeinschaftsverhältnisse der §§ 921 (Grenzzeichen) und 923 (Baum auf der Grenze); auch § 1258 Abs. 1.

5. **Die aus der Gemeinschaft entspringenden Verpflichtungen** (z. B. auf Zustimmung zu gewissen Maßnahmen, § 744; auf Ersatz von Aufwendungen) sind stets **persönlicher Natur**. Sie können vor, bei und nach der Teilung geltend gemacht werden, auch nach Eintritt eines neuen Mitberechtigten gegen den alten Teilhaber, der durch das Ausscheiden aus der Gemeinschaft seiner persönlichen Verpflichtung nicht ledig werden kann.

Jedoch zeigt, im Gegensatz zum Römischen Recht, das BGB. vorzüglich beim Miteigentum erhebliche Ansätze zu einer Verdinglichung des Verhältnisses, indem die Ansprüche zum Teil auch gegen die Sondernachfolger wirksam erklärt werden, s. §§ 755, 756, 1010 und Bem. dazu.

Wegen des Haftungsmaßstabes bei Erfüllung der den Gemeinschaftern gegeneinander obliegenden Verpflichtungen fehlt es im BGB. an besonderen Bestimmungen; die Anteilnehmer stehen sich daher nicht, wie nach Römischem Recht und den ihm folgenden Gesetzgebungen, nur für culpa in concreto ein, sondern für jedes Verschulden im Sinne von § 276.

6. S. die Übergangsbestimmung im EG. Art. 173.

§ 741.

Steht ein Recht mehreren gemeinschaftlich zu, so finden, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt, die Vorschriften der §§ 742 bis 758 Anwendung (Gemeinschaft nach Bruchteilen).

E. I 762, E. II 677, RV. 728. — Mot. S. 873—4, Prot. II S. 743—4, D. S. 132.
S. Vorbemerkung.

§ 742.

Im Zweifel ist anzunehmen, daß den Teilhabern gleiche Anteile zustehen.

E. I 764, E. II 678, RV. 729. — Mot. S. 875, Prot. II S. 746.

Der Satz entspricht der Natur der Sache und dem bisher überall geltenden Recht; eine Besonderheit für den Fall der Teilung eines reallastberechtigten Grundstücks gibt § 1109; s. Mot. S. 875.

§ 743.

Jedem Teilhaber gebührt ein seinem Anteil entsprechender Bruchteil der Früchte.

Jeder Teilhaber ist zum Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstandes insoweit befugt, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Teilhaber beeinträchtigt wird.

E. I 765², E. II 679, RV. 730. — Mot. S. 877, Prot. II S. 745—7.

1. **Allgemeines:**

a) Die Bestimmung des § 743 entspricht wesentlich dem bisherigen Recht, s. Mot. S. 877 No. 1; insbesondere auch dem Gemeinen, wo jeder mittelst der actio communi dividundo von den andern eine entsprechende Gebrauchsüberlassung gemäß der obligatio ex communione zu fordern berechtigt war, Windscheid § 449 No. 4, neuestens vorzüglich v. Seeler, Lehre vom Miteigentum, 1896. Allerdings bestand gegenüber einseitigen Maßnahmen eines socius, soweit sie nicht im Sinn v. Seelers „reine Besitzhandlungen" sind (d. h. „ausschließlich die tatsächliche Beherrschung der gemeinsamen Sache ermöglichen, sichern und aufrecht erhalten, ohne daß in ihnen ein Akt der Verfügung oder Nutzung liegt"), für die andern Gemeinschafter ein dingliches, mit den Besitzinterdikten, auch wohl mit der Negatorienklage ausgerüstetes ius prohibendi — aber dessen den sachgemäßen, befugten Gebrauch hemmende Ausübung begründete für den dadurch Benachteiligten die actio communi dividundo.

b) Im BGB. ist ein solcher Gegensatz wenigstens in der eigentümlich römischen Ausprägung nicht begründet. § 743 gibt dem einzelnen Teilberechtigten eine direkte **„Befugnis" zum Gebrauche** der Sache, soweit „nicht der Mitgebrauch der übrigen Teilhaber beeinträchtigt wird." Er kann insoweit alle Besitz- und auch Nutzungshandlungen ungestört auch trotz des etwaigen Widerspruchs der andern vornehmen, braucht diesen nicht erst mit einer besonderen Klage zu brechen. Teilweise anders v. Seeler S. 5 ff., 12, 19, der unter § 743 wiederum nur die „reinen Besitzhandlungen" (s. oben a) einbezogen sein, übrigens die — selbst materiell ungerechte — Prohibition nur unter Anweisung des Gerichtes gebrochen werden läßt, während Eigenmacht und Besitzschutz gegen das Verbot nicht durchgreifen. Die letzte Frage kann nicht ohne Eingehen auf das Besitzrecht (s. besonders § 866) untersucht werden, scheidet somit hier aus. Selbst bei Richtigkeit der Seeler'schen Behauptung in diesen Punkten wäre, wie er selbst zugibt, das strenge römische ius prohibendi nicht wiederholt: es ist beschränkt durch Mehrheitsbeschlüsse, § 745, entfällt nicht minder gegenüber den Maßnahmen aus § 744 Abs. 2. Aber auch die Gebrauchshandlungen aus § 743 dürften über v. Seelers reine Besitzhandlungen nicht unerheblich hinausgehen.

Damit hängt die Frage nach dem Verhältnis des § 743 zu §§ 745—6 zusammen. Den richtigen Gesichtspunkt dürfte das OLG. Hamburg, Seuffert 57 Nr. 34 S. 58 getroffen haben: § 743 handelt von der Frage, wieweit bei einer feststehenden Benutzungsart jeder für sich Verwaltungs- und Nutzungshandlungen vornehmen dürfe; die weitere Frage aber, in welcher Weise, zu welchen Zwecken die Sache überhaupt zu nutzen sei, bestimmt sich nach § 745. Solange danach keine Beschlüsse vorliegen, kann jeder gemäß § 743 alle mit der bisherigen Zweckbestimmung vereinbaren Benutzungshandlungen vornehmen.

c) Wieweit die hiernach vorhandene **Grenze** zwischen der individuellen Verfügungssphäre des einzelnen und der Machtsphäre der Gesamtheit geht, ist aus den Besonderheiten des Einzelfalles zu beantworten, namentlich auch unter Berücksichtigung der Prinzipien von Treu und Glauben (§ 242). Ferner wird das Schikaneverbot des § 226 für diese Fragen von besonderer Bedeutung sein.

Zweifelhaft ist, ob der zulässige Gebrauch nur soweit geht, als nicht durch die Gebrauchshandlung die abstrakte Gebrauchsmöglichkeit der andern beeinträchtigt wird, oder ob er nicht vielmehr erst da seine Grenze findet, wo er einen von den andern wirklich in Anspruch genommenen realen Mitgebrauch stört. Ich

möchte für letzteres entscheiden, sowohl nach dem Wortlaut des Paragraphen wie nach dem Sinn; ebenso Staudinger II, 2b. Man darf also z. B. ein Stockwerk des gemeinsamen Hauses so lange bewohnen, als der Mitberechtigte den Gebrauch für sich gar nicht in Anspruch nimmt; tut er dies freilich, so muß man weichen. Dadurch ist allerdings **bei „beschränkter Gebrauchsmöglichkeit"** die Individualsphäre des einzelnen sehr eingeengt, oder doch von den mehr oder minder weitgehenden Gebrauchsprätensionen der andern abhängig gemacht. Soweit andererseits diese nicht vorliegen, darf der einzelne nicht nur pro parte seines Anteilrechtes, sondern auch darüber hinaus Gebrauchshandlungen vornehmen.

Bei **„unbeschränkter Gebrauchsmöglichkeit"** dagegen (z. B. Spazierengehen im gemeinsamen Garten, bloße Benutzung eines gemeinsamen Zimmers in einer die Mitbenutzung des andern nicht ausschließenden Weise, ebensolche Benutzung einer gemeinsamen Bibliothek) hat jeder ein volles, dem Verbot der andern nicht unterstehendes Nutzungsrecht. S. über diese subtilen Fragen auch Rümelin in Iherings Jahrb. 28 464 ff.

2. Insbesondere wird durch **Abs. 1** dem einzelnen ein Anrecht auf einen entsprechenden **Teil der Früchte** gewährt — dies Wort im Sinne von § 99 verstanden, sodaß also auch die Zivilfrüchte, vor allem die Zinsen, dahin gehören. Aber auch auf die Nutzungen im weiteren Sinne hat er ein Sonderrecht, s. § 745 Abs. 3 und Bem. dazu.

Es steht danach dem einzelnen die durch Widerspruch nicht zu beeinträchtigende Befugnis zu, von den natürlichen Früchten einen entsprechenden Teil — aber, anders als bei Gebrauchshandlungen, von vornherein nicht mehr, ohne Rücksicht auf Inanspruchnahme durch die andern — für sich abzuernten.

Anders Goldmann-Lilienthal S. 791, nach denen § 743 Abs. 1 dem einzelnen Teilhaber nur ein Anrecht auf einen Anteil der abgeernteten Früchte gibt, während die Aberntung selbst sich nach §§ 744—5 vollziehe. Letzteres ist freilich richtig (s. oben Nr. 1b), wenn Beschlüsse im Sinne des § 745 vorliegen, aber insofern auch von mir nicht bestritten. Auch § 744 dürfte daran nichts ändern; zur Verwaltung, die von vornherein gemeinsam ist, gehört zwar die Widmung der gemeinsamen Sache für eine bestimmte Benutzungsart, aber nicht jeder einzelne Einerntungsakt. Wohin sollte es führen, wenn kein Miteigentümer für sich eine Blume, ein Stück Obst abzupflücken berechtigt wäre? Oder wenn er sein Vieh auch dann nicht auf die gemeinsame Weide treiben dürfte, wenn ihr Ertrag für allen Viehbestand der Beteiligten vollauf ausreicht?

Richtig ist, daß möglicherweise die Fruchtziehung unter die Verwaltungshandlungen zu rechnen ist und dann den Miteigentümern nach § 744 nur gemeinsam zusteht, so z. B., wenn über die ganze Ernte auf einmal verfügt werden soll. Dahin gehört auch wohl die Einziehung der Mietzinsen des gemeinsamen Hauses (wo freilich meist Gesamtgläubigerschaft vorliegen wird). Die Abgrenzung mag bisweilen schwierig sein; aber das ist kein Grund gegen die zur Vermeidung anstößiger Ergebnisse dringend erforderte Unterscheidung. So auch Dernburg § 369, I, 3.

Soweit die Nutzungen nicht von jedem für sich gezogen werden dürfen oder tatsächlich gezogen werden, hat jeder nach Abs. 1 gegen die andern einen Anspruch auf einen entsprechenden Teil der abgeernteten Früchte oder ihres Erträgnisses.

3. Wegen der **Mehrheitsbeschlüsse** s. § 745 und Bem. dazu, sowie oben Nr. 1b. Selbstverständlich sind ferner **Verträge** zur Regelung des Gebrauches denkbar; sie haben zwar an sich nur obligatorische Bedeutung und wirken lediglich für und gegen die Beteiligten und ihre Rechtsnachfolger (s. § 746; Mot. S. 877); modifizieren aber, soweit sie reichen, im Gegensatz zum Römischen Rechte auch die aus dem dinglichen Miteigentumsverhältnisse entspringenden Rechte und Pflichten unmittelbar.

Insbesondere können den einzelnen Teilnehmern durch die andern weitergehende selbständige Gebrauchsrechte vertragsmäßig zugesichert werden, dies wohl auch im Sinne dinglicher Rechte (so Bayer. ObersttLG. bei Seuffert 58 Nr. 214 S. 407).

§ 744.

Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes steht den Teilhabern gemeinschaftlich zu.

Jeder Teilhaber ist berechtigt, die zur Erhaltung des Gegenstandes notwendigen Maßregeln ohne Zustimmung der anderen Teilhaber zu treffen; er kann verlangen, daß diese ihre Einwilligung zu einer solchen Maßregel im voraus erteilen.

E. I 765[1], 766 Satz 3, E. II 680, RB. 731. — Mot. S. 875—6, 878, Prot. II S. 747 ff.

1. **Prinzip:** Während die Gebrauchs- und Nutzungshandlungen des § 743 ein Sonderrecht der einzelnen darstellen, ist die **Verwaltung** des gemeinschaftlichen Gegenstandes ihnen entrückt und nur gemeinsam zulässig. Wo die Grenze zwischen Gebrauch und Verwaltung liege, läßt sich wieder nur unter Berücksichtigung des Einzelfalles befriedigend beantworten. Alle Handlungen jedenfalls, die auf eine Änderung der derzeitigen Lage in wirtschaftlicher (z. B. Umwandlung eines Getreidefeldes in einen Park oder umgekehrt; Neuerrichtung, Niederreißen oder Umbauen eines Hauses) oder rechtlicher (z. B. Vermietung oder Verpachtung des Gegenstandes) Beziehung gehen, wird man zu den Verwaltungshandlungen zu zählen haben. Wegen der Fruchtziehung s. Nr. 2 a. E. zu § 743.

2. Von dem Prinzip der Gemeinsamkeit der Verwaltung macht das Gesetz zwei wichtige Ausnahmen:

a) in Betreff der **notwendigen** Maßregeln, Abs. 2.

b) zugunsten des **Mehrheitsprinzips**, § 745.

Von **der ersteren** ist hier zu reden. Sie beschränkt sich auf die wirklich „zur Erhaltung des Gegenstandes notwendigen Maßregeln"; ein subjektiver Glaube an die Notwendigkeit genügt ebensowenig, wie die evidente Nützlichkeit des nicht gerade unbedingt notwendigen Aktes. Es gehören dahin z. B. dringende Reparaturen des Hauses, Düngen des Feldes und Gartens, aber auch wohl Erfüllung öffentlich-rechtlicher, auf der Sache ruhender Pflichten, Zahlung von Hypothekenzinsen — ihre Erfüllung dient Angesichts der sonst drohenden Zwangsvollstreckung der Erhaltung der Sache, wenigstens relativ, für die Beteiligten. Es braucht sich dabei keineswegs um Erhaltung der physischen Substanz zu handeln, sondern nur um die des wirtschaftlichen Wertes. Selbst eine Veräußerung kann im Sinne der Erhaltung in diesem Sinne notwendig sein und insoweit dem einzelnen für sich offenstehen, so z. B. bei Früchten. S. Dernburg § 369, II, 1.

Der einzelne kann solche Akte sowohl für sich vornehmen, als auch von den andern die Erteilung ihrer Einwilligung im voraus erheischen, mit einer actio communi dividundo im römischen Sinn, l. 12 D. 10,3.

Dieser Anspruch hat namentlich Bedeutung:

a) um dem Teilhaber die nötige Vollmacht zu verschaffen, wenn die Erhaltungsmaßregel mit dem Abschluß von Rechtsgeschäften verbunden ist.

b) um ihm die Sicherheit dafür zu gewähren, daß die Maßnahme wirklich notwendig ist.

Die Einwilligung gilt dann mit Rechtskraft des Urteils als erteilt, ZPO. § 894.

Zweifelhaft möchte erscheinen, ob nicht inzwischen der einmal erhobene Widerspruch beachtet werden müsse? Schwerlich; der Schlußpassus ergibt eine solche Notwendigkeit nicht; der Schwerpunkt liegt dort in den Worten „im voraus". Die andern könnten ihr — gegenüber Abs. 2 materiell doch unrechtmäßiges — Verbot höchstens als Grundlage einer Besitzklage verwenden, aber auch diese erscheint ihnen nach § 866 versagt, soweit die verbotswidrigen Maßnahmen sich innerhalb der Grenzen des dem Handelnden zustehenden Gebrauches hielten. Diese Bestimmung darf nicht, wie einzelne wollen, einschränkend ausgelegt werden, so richtig Biermann zu § 866 Nr. 2.

Es handelt sich nach Abs. 2 um Individualrechte; Majorisierung, wie nach § 745, ist unstatthaft.

3. Abgesehen von den Ausnahmen zu Nr. 2 darf der einzelne Verwaltungshandlungen nur auf Grund eines besonderen Auftrages oder allenfalls unter den Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag vornehmen; alsdann bemessen sich seine Rechte und Pflichten nach den Regeln dieser Rechtsverhältnisse, s. Mot. S. 876.

Nimmt er unzulässige Verwaltungshandlungen vor, so haftet er den andern auf Schadensersatz nach allgemeinen Regeln.

4. Läßt sich eine, nach dem Gesagten nötige, Einigung über die Art und Weise der Verwaltung nicht erzielen, so bleibt zunächst noch der Ausweg des § 745 Abs. 2, s. Bem. dazu; erst im alleräußersten Fall braucht zur Teilung (§ 749) geschritten zu werden.

§ 745.

Durch Stimmenmehrheit kann eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstandes entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung beschlossen werden. Die Stimmenmehrheit ist nach der Größe der Anteile zu berechnen.

Jeder Teilhaber kann, sofern nicht die Verwaltung und Benutzung durch Vereinbarung oder durch Mehrheitsbeschluß geregelt ist, eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen.

Eine wesentliche Veränderung des Gegenstandes kann nicht beschlossen oder verlangt werden. Das Recht des einzelnen Teilhabers auf einen seinem Anteil entsprechenden Bruchteil der Nutzungen kann nicht ohne seine Zustimmung beeinträchtigt werden.

E. I 765[3], 772[1], E. II 681, RB. 732. — Mot. S. 876, Prot. II S. 747.

1. **Prinzip der Majorisierung**: Im Gegensatz zu dem extremen Individualismus der Römischen Rechtsgemeinschaft, der die Mehrheitsbeschlüsse grundsätzlich fremd waren, hat das BGB. durch § 745 im Anschluß an die durch das Landrecht (I, 17, §§ 10ff., 25ff.) und, wenn auch hier nur beschränkt, SächsGB. § 331 gegebenen Vorbilder in gewissem Umfange eine Wirkung der Mehrheitsbeschlüsse anerkannt. Dies sowohl zur Herstellung einer „der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstandes entsprechenden" ordnungsmäßigen Benutzung (§ 743) wie zu einer dergleichen Verwaltung (§ 744), aber nicht darüber hinaus. Ein etwaiger Mehrheitsbeschluß, den Garten oder Acker, ohne daß ein besonderer Grund dafür vorhanden wäre, unbebaut liegen zu lassen, wäre unstatthaft; ebenso kann eine Verfügung über die Sache (§ 747) nur gemeinschaftlich vollzogen werden.

Die entscheidende Mehrheit wird nicht nach Köpfen, sondern nach Anteilen bestimmt.

2. **Grenzen**: Aber auch innerhalb der angegebenen Zweckbestimmung hat die Majorisierung ihre Grenzen:

a) Die Mehrheit kann **keine „wesentliche Veränderung"** des Gegenstandes beschließen, d. h. keine solche, die die Gestalt oder die wirtschaftliche Zweckbestimmung desselben in grundsätzlicher Weise ändert oder gar seine Eigenart aufhebt. Um eine Verschlechterung braucht es sich dabei, anders als nach § 351, mit nichten zu handeln. Auch unverhältnismäßig kostspielige Anlagen auf der Sache (üppige Gewächshäuser und Stallgebäude) würden darunter fallen können.

b) Das Sonderrecht des einzelnen auf eine entsprechende **Quote der Nutzungen** (s. § 743 Nr. 2) darf nicht beeinträchtigt werden ohne seine Zustimmung, Abs. 3.

Daß darum die Nutzungsart und somit die Form, in der der einzelne seinen Nutzungsanteil erhält, dem Mehrheitsbeschluß unzugänglich sei, ist nicht gesagt und würde mit dem in Abs. 1 bestimmten (s. oben Nr. 1) in Widerspruch stehen. Vielmehr kann durch solchen z. B. eine nicht wesentliche Änderung der Kulturart, auch eine Verpachtung des Gegenstandes beschlossen und dadurch die Nutzungsart geändert werden. Nur das meint Abs. 3, daß die **Nutzungsquote** des einzelnen nicht beeinträchtigt werden dürfe.

3. Soweit die Mehrheitsbeschlüsse sich innerhalb der so abgesteckten Grenzen halten, sind sie für die Minderheit verbindlich und können auch **nicht** wegen angeblicher **Unzweckmäßigkeit** angefochten werden; den Widersprechenden bleibt deshalb höchstens das Kündigungsrecht aus § 749 Abs. 2 wegen eines „wichtigen Grundes": Sie können insoweit auch von der Mehrheit ohne weiteres ausgeführt werden; einer vorgängigen

Klage gegen die Minderheit zur Brechung ihres Widerstandes wird es nicht bedürfen. So mit Recht OLG. Kiel 25. XI. 1905, Recht 05 680.

Soweit sie aber **darüber hinausgehen**, sind sie **unverbindlich**, und es kann diese Ungültigkeit mittelst einer Feststellungsklage oder der Klage aus der Gemeinschaft geltend gemacht werden; auch machen sich die den Akt demungeachtet Ausführenden ihren Genossen gegenüber verantwortlich.

4. **Absatz 2:** Soweit es zu einer Regelung weder durch Vereinbarung (§ 744) noch durch gültigen Mehrheitsbeschluß (§ 745) kommt, wird in Abs. 2 jedem Teilnehmer ein besonderes, subsidiäres Individualrecht verliehen: er kann „eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen." Dies offenbar durch eine gegen die andern gerichtete Gemeinschaftsklage. Dabei ist der Antrag natürlich nicht allgemein auf die Zulassung irgend welcher angemessenen Verwaltung oder ihre Fixierung durch den Richter zu richten; es muß vielmehr im Klageantrag ein bestimmter Vorschlag enthalten sein, in den zu willigen die Beklagten jetzt verurteilt werden sollen. So auch Mot. S. 888—9, Kisch, Urteilslehre S. 128ff.

Das daraufhin ergehende Urteil ist nicht rechtsgestaltend oder festsetzend, sondern ein gewöhnliches Leistungsurteil, s. Kisch aaO. Denn der Richter hat grundsätzlich nichts zu tun, als zu ermitteln, was objektiv der eine dem andern bereits schuldet; er fixiert nur authentisch eine schon vorhandene Gestattungsbefugnis.

Der Kreis der „entsprechenden Maßnahmen" ist nicht weiter eingeengt; es können dahin gehören: räumliche Teilung, Verpachtung oder Vermietung, Überlassung der Nutzung nach einem Turnus oder nur an einen gegen Abfindung der andern, Mot. aaO. Auch Wiederherstellung oder Neuaufbau eines Gebäudes kann dahin gehören, OLG. Stuttgart Rspr. VIII S. 82.

Die andern können demgegenüber im Wege der Widerklage anderweite Vorschläge machen.

Da ferner das den Verhältnissen entsprechende sich jederzeit ändern kann, so ist es keinem Beteiligten verschränkt, auch nach dem ergangenen rechtskräftigen Urteil neue Ansprüche dieser Art klageweise geltend zu machen. Ebenso wird in einer etwaigen Umänderung des ursprünglich gestellten Klageantrages eine unzulässige Klageänderung (ZPO. § 264) nicht zu finden sein.

5. Die Grenzen der Mehrheitsbeschlüsse (s. oben Nr. 2) gelten auch für das Individualrecht des Abs. 2; geht ein daraufhin erhobener Anspruch über sie hinaus, so ist er insoweit, auch schon von Amts wegen, abzuweisen.

§ 746.

Haben die Teilhaber die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes geregelt, so wirkt die getroffene Bestimmung auch für und gegen die Sondernachfolger.

E. II 682, RV. 733. — Prot. II S. 753—5, D. S. 133.

1. § 746 enthält eine neue, dem Römischen Recht im Prinzip fremde (anders dort nur beim vertragsmäßigen Ausschluß der Teilung, s. Windscheid II § 449 No. 16) Bestimmung der zweiten Lesung. Sie ist angebracht, weil ohne sie jeder Teilhaber derartige Abmachungen durch Veräußerung seines Anteils jederzeit unwirksam machen könnte.

Unter den **„Regelungen"** sind gemeint sowohl die durch einstimmigen (§ 744) wie durch Mehrheitsbeschluß (§ 745 Abs. 1) erfolgten, gleichviel welchen Inhalts; zweifelhaft, ob auch die auf einseitigen Antrag eines Gemeinschafters getroffenen Verfügungen (§ 745 Abs. 2). Dagegen Aufl. 1, weil bei ihnen die Regelung nicht von „den Teilhabern" ausgegangen sei, auch der Übergang auf die Nachfolger bei der jederzeitigen Änderungsbefugnis des Gerichtes (s. § 745 Nr. 4) keinen rechten Sinn hätte. Ebenso Türcke-Riedenführ, Nr. 2. Anders aber Planck Nr. 2, Dernburg § 369 Anm. 4, Crome § 286 Anm. 73, Binder, Stellung des Erben III S. 79. Ihnen trete auch ich nunmehr bei, von dem Gesichtspunkt aus, daß der Richter nur die fehlende Zustimmung der Beteiligten zu ergänzen hat, die Regelung also auch hier in ihrer Rechtsgrundlage eine vertragsmäßige ist.

Daß im übrigen die „Regelungen" den Gesamtnachfolger binden, bedurfte keiner Bestimmung; es soll aber nach unserem Paragraphen auch bei den Sondernachfolgern (s. § 747) ebenso sein.

2. Zweifelhaft ist die **Konstruktion**; man könnte denken:
a) an eine dinglich wirkende Modifikation des Miteigentumverhältnisses;
b) an eine Realobligation.

Das erstere scheint richtiger; es wird danach durch die entsprechende Vereinbarung das gesamte Gemeinschaftsverhältnis in entsprechender Richtung umgestaltet, sodaß der Berechtigte von vornherein nur das so beschränkte Anteilsrecht auf andere übertragen kann.

3. Bei Grundstücken wird das Prinzip modifiziert durch § 1010 Abs. 1.

§ 747.

Jeder Teilhaber kann über seinen Anteil verfügen. Über den gemeinschaftlichen Gegenstand im ganzen können die Teilhaber nur gemeinschaftlich verfügen.

E. I 763 S. 1—2, E. II 683, RB. 734. — Mot. S. 874—5, Prot. II S. 745, 748—50.

1. Die Vorschrift entspricht dem Wesen der Rechtsgemeinschaft, wie sie nach der Vorbem. im BGB. gestaltet ist, und den bisherigen Rechten, s. die Angaben in den Mot. S. 874 No. 3. Der Anteil ist eben selbständiges Vermögensobjekt des einzelnen Teilhabers.

Statthaft sind nicht nur Totalveräußerungen, sondern auch pfandrechtliche und sonstige Belastungen des Anteils, d. h. soweit sie nach dem Charakter des besonderen Rechtsverhältnisses überhaupt denkbar sind. So kann z. B. jeder seinen Anteil mit einem Nießbrauch oder einer sonstigen teilbaren Belastung belegen, v. Seeler S. 47ff.; nicht aber mit einer Grundgerechtigkeit, weil diese auch nach dem neuen Recht ein unteilbares Recht ist, das nicht auf einen bloßen Anteil gelegt werden kann, v. Seeler S. 54ff. Ferner gehören dahin auch bloß faktische Verfügungen, z. B. Überlassung des Mitbesitzes.

Dabei ist dem BGB. ein Vorkaufsrecht, wie es auf Grund germanischer Rechtsideen z. B. im Landrecht §§ 61—5 aufgenommen war, fremd.

Soweit der einzelne über sein Anteilsrecht verfügen kann, aber auch nicht weiter, ist es auch möglicher Gegenstand der Zwangsvollstreckung.

2. Natürlich sind **Abreden über die Unveräußerlichkeit** des Anteils möglich, aber sie wirken, da hier im offenbaren Gegensatz zu §§ 746 und 751 eine gegenteilige Bestimmung fehlt, nur persönlich, nicht für und gegen die Sondernachfolger.

3. Auch **Satz 2** entspricht dem bisherigen Recht. Es wird damit ausgesprochen, daß die Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand den Mehrheitsbeschlüssen des § 745 Abs. 1 und den Verwaltungsanordnungen des § 745 Abs. 2 entzogen ist. Die Mehrheit kann den Gegenstand im ganzen danach auch nicht verpfänden oder mit einem Nießbrauch belasten. Zweifelhaft ist die Frage bei der Vermietung und Verpachtung. Bedenkt man, daß nach dem oben bei § 570 festgehaltenen Standpunkt Miete und Pacht keine dinglichen Rechte darstellen, daß sie dazu nur immer auf eine beschränkte Zeitdauer statthaft sind, so wird man in diesen Akten, die doch auch vielfach notwendig zu einer geordneten Verwaltung gehören, keine Verfügungen im Sinne des § 747 sehen können; sie fallen vielmehr unter § 745.

Natürlich kann jedem Teilnehmer von dem oder den andern von vornherein oder später eine Vollmacht, auch für ihn wirksam zu verfügen, gegeben, und dadurch unter Umständen dem Effekt nach der Satz 2 geradezu paralysiert werden.

Eine Verfügung dagegen ohne Vollmacht oder nachträgliche Genehmigung der übrigen Teilnehmer ist dinglich unwirksam; persönlich wirkt sie dem Gegenkontrahenten gegenüber, wie eine sonstige Verfügung über eine — ganz oder teilweise — fremde Sache.

4. Prozessuale Geltendmachung (s. dazu Crome § 286, IV, Leske S. 297 No. 10 mit Literaturangaben). Die Frage ist für den wichtigsten Fall, den des Miteigentums, in § 1011 besonders behandelt, s. die Bemerkung von Biermann dazu; wegen unteilbarer Forderungen s. Bem. zu § 432. Auch davon abgesehen, wird man

dem einzelnen Gemeinschafter eine gerichtliche Geltendmachung des Rechts wenigstens insoweit gestatten, als dadurch die Rechte der andern nicht beeinträchtigt werden. Er kann somit auf Leistung überall da klagen, wo diese ohne weiteres auch zugleich den andern zugute kommt, z. B. ein Mitnießbraucher eines Hauses klagt auf Räumung des vom Eigentümer oder einem dritten unberechtigt in Gebrauch genommenen. Daß jeder Teilberechtigte auf Feststellung seines eigenen Anteilsrechtes klagen und zwangsweise Durchsetzung desselben gegen dritte betreiben kann, ergibt sich schon aus Satz 1 (so auch Crome aaO.).

Wegen des Sonderfalles der Miterben s. Binder, Stellung des Erben III S. 73 ff.

§ 748.

Jeder Teilhaber ist den anderen Teilhabern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnisse seines Anteils zu tragen.

E. I 766 S. 1—2, E. II 684, RV. 735. — Mot. S. 877, Prot. II S. 748.

1. a) Die hier aufgestellte Pflicht entspringt aus dem Wesen der Gemeinschaft und ist im bisherigen Recht überall anerkannt, s. die Angaben in den Mot. S. 877.

Ihre praktische Bedeutung liegt zunächst darin, daß der aufwendende Gemeinschafter nicht auf die ihm minder günstigen, an besondere Voraussetzungen gebundenen Ansprüche aus dem Auftrag, der Geschäftsführung und ungerechtfertigten Bereicherung verwiesen ist, sondern den weitergehenden Gemeinschaftsanspruch (actio communi dividundo) geltend machen kann.

So auch Enneccerus S. 746 gegen Planck Nr. 1 Abs. 2, der mit Unrecht einen Erstattungsanspruch nur nach den Auftrags- oder Geschäftsführungsregeln anerkennt. Das hat sowohl den Wortlaut wie innere Gründe gegen sich.

Die wider Willen der andern gemachten Aufwendungen kann der Aufwendende auch nach Planck gemäß § 744 Abs. 2 in Verbindung mit § 748 insoweit ersetzt verlangen, als sie notwendig waren. Hierin wird also ein Fortschritt gegenüber dem Recht der Geschäftsführung (s. dort nur § 679) auch von Planck anerkannt. Andererseits ist auch nach dem hier eingenommenen Standpunkt zuzugeben, daß dem Gemeinschafter kein Erstattungsanspruch wegen solcher Aufwendungen zustehe, die nur aus einer ihm gemäß §§ 744 ff. nicht einseitig erlaubten Verwaltungshandlung entstanden sind. Aber einmal handelt § 748 nicht nur von Verwaltungskosten, und dann erfordern nicht alle Verwaltungshandlungen Einstimmigkeit aller (s. außer § 744 Abs. 2 auch § 745 Abs. 1 und 2). Auslagen freilich, die er nicht für die Gemeinschaft, sondern nur für einen anderen Gemeinschafter persönlich machte, kann der Aufwendende höchstens nach den allgemeinen Grundsätzen (s. oben) ersetzt verlangen; die durch seinen, nach § 743 Abs. 2 statthaften, alleinigen Gebrauch oder die von ihm nach § 743 Abs. 1 für seinen Anteil allein vollzogene Fruchtziehung entstandenen selbstverständlich überhaupt nicht.

Der Erstattungsanspruch richtet sich, soweit begründet, nach §§ 256/7.

b) Ferner ist aus § 748 die weitere Verpflichtung zu folgern, nicht nur die entstandenen Auslagen zu erstatten, sondern auch im voraus in die Vornahme solcher Handlungen einzuwilligen, wie sie zur Erhaltung, Verwaltung und gemeinsamen Benutzung des Gegenstandes notwendig sind, und sich an den dadurch notwendig werdenden Kosten von vornherein zu beteiligen. Darauf dürfte der Ausdruck **„tragen"** — nicht nur „erstatten" — hinweisen; in Entw. I war es ferner geradezu ausgesprochen, und der Passus ist nachher nur als selbstverständlich gestrichen. Ebenso Goldmann-Lilienthal S. 794.

Die Nichtbeteiligung an der Tragung der Lasten wäre somit eine Pflichtverletzung, aus der nicht nur auf Nachholung des Versäumten, sondern unter Umständen auch auf Schadensersatz geklagt werden könnte.

2. Über den Begriff der **Lasten** s. § 103 und Bem. dazu.

§ 749.

Jeder Teilhaber kann jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen.

Wird das Recht, die Aufhebung zu verlangen, durch Vereinbarung für immer oder auf Zeit ausgeschlossen, so kann die Aufhebung gleichwohl verlangt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Unter der gleichen Voraussetzung kann, wenn eine Kündigungsfrist bestimmt wird, die Aufhebung ohne Einhaltung der Frist verlangt werden.

Eine Vereinbarung, durch welche das Recht, die Aufhebung zu verlangen, diesen Vorschriften zuwider ausgeschossen oder beschränkt wird, ist nichtig.

E. I 767, E. II 685, RV. 736. — Mot. S. 879—80, Prot. II S. 750—6.

1. **Allgemeines:**

a) Der in § 749 gewährte Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft ist ein sich aus deren Wesen nach dem bisherigen Recht und den Prinzipien des BGB. (s. Vorbem. Nr. 3) gewissermaßen von selbst ergebendes Individualrecht jedes Teilhabers, s. darüber nach Gemeinem Recht Windscheid § 489 No. 3, ferner Landrecht §§ 75ff., Code Art. 815, SächsGB. § 337.

Dabei redet das BGB. geflissentlich allgemein von **Aufhebung der Gemeinschaft**, nicht gerade, wie vielfach das bisherige Recht, von Teilung. Dies um deswillen, weil eine Teilung des gemeinsamen Gegenstandes nicht immer möglich ist, und dann andere Modi Platz greifen, §§ 751—2. Jene aber kann in irgend einer Form grundsätzlich **immer** gefordert werden; der Anspruch darauf entsteht aus der bloßen Tatsache der Gemeinschaft in jedem Momente neu; er ist daher unverjährbar (§ 758) und wenigstens nicht schlechthin verzichtbar, s. Nr. 2. Die Aufhebung selbst vollzieht sich nach §§ 752—7.

Die Aufhebung der Gemeinschaft kann sich beziehen entweder auf alle gemeinsamen Sachen oder nur auf einzelne von ihnen. Sind aus dem ganzen Komplex, etwa aus Versehen, einzelne nicht berücksichtigt werden, so kann der Anspruch aus § 749 ihretwegen noch einmal gestellt werden, ohne daß die Sachlage davon sonst berührt würde. Ist aber ein Gemeinschafter beim Verfahren ganz unberücksichtigt geblieben, so war das ganze Auseinandersetzungsgeschäft unwirksam und muß folgerecht noch einmal wiederholt werden, s. Mot. S. 881.

b) Was die Konstruktion des Aufhebungsanspruches anlangt (s. dazu Binder, Stellung des Erben III S. 79ff.), so soll er nach Goldmann-Lilienthal S. 796 dem Wandelungs- und Minderungsanspruch gleichartig, also auf Einwilligung gerichtet sein. Es dürfe daher nicht von einer Kündigung gesprochen werden, wie es das Gesetz bisweilen (so z. B. in § 751) tut.

Man wird dem zustimmen müssen. Das Gesetz hat das Aufhebungsrecht als Anspruch gestaltet, nicht als Recht des rechtlichen Könnens („kann verlangt werden"), offenbar als Anspruch auf einen das Gemeinschaftsverhältnis beseitigenden Aufhebungsvertrag.

Der Anspruch ist seiner Natur nach obligatorisch, nicht dinglich (s. Binder S. 82); er beruht auf der obligatio ex communione. Das Urteil des angerufenen Richters ist deklarativ, nicht konstitutiv, keine adiudicatio im römischen Sinne. Denn der Richter ergänzt nur den Parteiwillen; sein Spruch bewirkt etwas, wozu die Beklagten an sich selbst fähig gewesen wären und was herbeizuführen sie privatrechtlich verpflichtet sind.

2. Eine vertragsmäßige — oder auch wohl, was das Gesetz freilich nicht erwähnt, letztwillig auferlegte — **Beschränkung der Aufhebung** ist zwar nicht schlechthin ungültig, aber doch auch nicht unbedingt beachtbar. Es kann nämlich (Abs. 2) ihrer ungeachtet die Aufhebung der Gemeinschaft gefordert werden **aus wichtigem Grunde**. Wann ein solcher vorliegt, ist Tatfrage; das zu § 723 für die Gesellschaft Gesagte ist hier zum mindesten nicht unterschiedslos verwertbar, da der Zweck beider Verhältnisse ein verschiedener ist (anders v. Seeler S. 75). Man würde etwa dahin rechnen:

halsstarrige Renitenz der anderen Teilhaber in Zustimmung zu zweckentsprechenden Veranstaltungen; Eintritt einer, die gemeinsame Benutzung hemmenden, Vermögenslosigkeit oder Geschäftsunfähigkeit eines von ihnen; anhaltende Ertraglosigkeit oder sonstige Erschwerung einer gemeinsamen Benutzung; dringendes eigenes Bedürfnis des Aufhebenden nach einer abgegrenzten Rechtssphäre. Eine allgemeine Formel gibt v. Seeler S. 75: jeder Mitberechtigte kann trotz der Abrede dann die Aufhebung verlangen, wenn durch das Verbleiben eines andern Teilnehmers in der Gemeinschaft deren Interessen schwer geschädigt würden. Aber das ist viel zu eng und beruht auf der bereits bekämpften Hereinziehung des § 723. Der Fall kann ebensogut so liegen, daß das eigene Interesse des Teilhabers durch sein Verbleiben in der Gemeinschaft gefährdet würde, s. die obigen Beispiele.

Andere Beschränkungen derartiger Abreden ergeben sich aus §§ 751—2.

Davon abgesehen sind sie verbindlich; sie können nicht nur auf Zeit, sondern auch für immer getroffen werden — eine Beschränkung der Dauer auf höchstens 30 Jahre, wie sie der erste Entwurf hatte, ist dem BGB. fremd —, auch für den Eintritt der sonst statthaften Aufhebung eine Kündigungsfrist festsetzen. Ist dies geschehen, so kann die vorzeitige Aufhebung vor ihrem Ablauf wiederum auch „wichtigen Gründen" (s. oben) gefordert werden.

3. Weitergehende vertragsmäßige Beschränkungen der Aufhebung sind nach **Abs. 3** nichtig (s. über die Worte „diesen Vorschriften zuwider" auch Weyl, Verschuldensbegriffe S. 344); ob dadurch die ganze Abrede hinfällig wird, oder ob sie in dem an sich wirksamen Umfange bestehen bleibt, bestimmt sich nach § 139.

Dagegen finden sich im Gesetze selbst für einige Fälle der Gemeinschaft gewisse Aufhebungsbeschränkungen, so in den §§ 1066 Abs. 2, 1258 Abs. 2, 2042—5; s. ferner EG. Art. 131 wegen der Aufrechterhaltung des sogen. Stockwerkeigentums.

4. Wegen der Behandlung der Gemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung im **Konkurse** s. KO. §§ 16, 51.

§ 750.

Haben die Teilhaber das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, auf Zeit ausgeschlossen, so tritt die Vereinbarung im Zweifel mit dem Tode eines Teilhabers außer Kraft.

E. I 767² S. 2, E. II 686, RV. 737. — Mot. S. 880—1, Prot. II S. 750—6.

1. Die Vorschrift des § 750 beruht auf dem Gedanken, daß „erfahrungsgemäß bei solcher Veränderung der Umstände der Ausschluß der Teilung besonders drückend wirkt", Mot. S. 880. Sie ist indes, wie die Worte „im Zweifel" ergeben, nur eine **Auslegungsregel** für derartige Vereinbarungen. Ist aber darin auch ein anderes festgesetzt, so kann doch immer unter Umständen der Tod des einen Teilhabers einen „wichtigen Grund" zur Kündigung nach § 749 gewähren, der der Abrede ungeachtet wirkt.

2. Die Bestimmung entspricht dem § 727 bei der Gesellschaft, s. ferner §§ 569, 581 Abs. 2.

§ 751.

Haben die Teilhaber das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt, so wirkt die Vereinbarung auch für und gegen die Sondernachfolger. Hat ein Gläubiger die Pfändung des Anteils eines Teilhabers erwirkt, so kann er ohne Rücksicht auf die Vereinbarung die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, sofern der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist.

E. II 687, RV. 738. — Prot. II S. 752ff.

1. Die Bestimmung des **Satzes 1** entspricht dem § 746, s. Bem. dazu. Auch er erklärt sich nicht durch die Annahme einer den neuen Erwerber verpflichtenden Realobligation, sondern durch die Einwirkung der Vereinbarung auf das dingliche Rechtsverhältnis.

2. **Satz 2** bedeutet nicht, daß der Pfandgläubiger mehr Rechte erwürbe, als der, dessen Recht ihm verpfändet ist, sondern eher, daß für ihn in solchem Falle ohne weiteres ein „wichtiger Grund" im Sinne von § 749 vorliegt: im Interesse an der Realisierung des endgültig vollstreckbaren Schuldtitels. S. auch die ähnliche Bestimmung für die Gesellschaft in § 725.

Rechtspolitische Bedenken gegen Satz 2 äußert v. Seeler S. 75; er findet darin „die Grundprinzipien des BGB. auf den Kopf gestellt", weil der Satz die zeitliche Priorität für den Rang der Sachenrechte antaste. Der Ausschluß der Auseinandersetzung enthielte eine Ausscheidung gewisser Kompetenzen aus dem dinglichen Recht, und sie müsse folgerecht auch der Pfandgläubiger gegen sich gelten lassen.

Ich kann dem nicht folgen. An sich ist jener Ausschluß nur eine persönliche Vereinbarung, und wenn das Gesetz ihn in gewissem Sinne gegen die Nachfolger wirken läßt, so liegt darin schon eine Besonderheit, über deren Grenzen das Gesetz zu befinden uneingeschränkt berufen ist.

3. Eine Modifikation des § 751 für das Miteigentum von Grundstücken gibt § 1010 Abs. 1.

S. auch wieder § 16 KO. Abs. 2.

§ 752.

Die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt durch Teilung in Natur, wenn der gemeinschaftliche Gegenstand oder, falls mehrere Gegenstände gemeinschaftlich sind, diese sich ohne Verminderung des Wertes in gleichartige, den Anteilen der Teilhaber entsprechende Teile zerlegen lassen. Die Verteilung gleicher Teile unter die Teilhaber geschieht durch das Los.

E. I 769[1], E. II 688, RV. 739. — Mot. S. 881—5, Prot. II S. 757—9, D. S. 133—5.

1. **Vereinbarung über die Teilung:** Die §§ 752 ff. handeln von der Art und Weise bei der Auseinandersetzung. Sie kommen zur Anwendung, wenn sich eine Teilung nach den gesetzlichen Vorschriften oder auf einseitiges Verlangen eines Beteiligten vollziehen soll, aber nicht, wenn durch Vertrag oder sonstiges Übereinkommen unter den Beteiligten eine andere Form der Auseinandersetzung vereinbart ist, so auch v. Seeler S. 82, BayObLG. SeuffBl. 66 75. Das ergibt sich aus der ganzen Art und Bedeutung; bestätigt wird es nicht minder durch die Motive S. 881 und den Kommissionsbericht S. 54, sowie durch die allgemeine Erwägung, daß ja jeder Genosse über seinen Anteil frei verfügen kann (§ 747), also doch auch in dieser oder jener Weise zugunsten des oder der andern. Ein besonderer Teilungsvertrag hat aber natürlich als solcher nur obligatorische Wirkung; er verpflichtet die Beteiligten und ihre Erben zur Erfüllung, wirkt aber nicht gegen die Sondernachfolger, so auch Goldmann-Lilienthal S. 797. Anders ist es natürlich, wenn bereits im Vertrage selbst die Teilung stattgefunden hat und dadurch uno actu neue Rechtsverhältnisse entstanden sind. Sie wirken dann absolut. — Der Vertrag ist und bleibt Privatvereinbarung, auch dann, wenn er vor Gericht oder unter Mitwirkung einer sonstigen Behörde zustande gekommen ist. Diese Mitwirkung ist dann ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, s. Mot. S. 882.

Allgemein ist dabei noch auf den Unterschied zwischen Aufhebungs- und Teilungsvertrag aufmerksam zu machen, s. Goldmann-Lilienthal aaO. Jener verhält sich zu diesem wie der Grund zur Folge; er ist die Einigung über das Prinzip der Aufhebung, der Teilungsvertrag die über die einzelnen ihrer Realisierung dienenden Maßnahmen. Natürlich können beide tatsächlich zusammenfallen; insbesondere ist in einem Teilungsvertrag der — früher noch nicht geschlossene — Aufhebungsvertrag in der Regel implizite enthalten.

2. **Bestimmungen des BGB.**: Mangels besonderer gütlicher Vereinbarung kommt es nach erfolgter Aufhebung der Gemeinschaft zum Teilungsverfahren nach den Vorschriften der §§ 752 ff. Das Verfahren kann sich, und wird sich oft, gütlich in der Weise vollziehen, daß die Beteiligten die gesetzlichen Bestimmungen dem Verfahren freiwillig zugrunde legen; möglicherweise aber bedarf es des **Zwanges**, und es steht jedem Teilhaber deshalb das Recht zu, auf gerichtliche Entscheidung zu provozieren.

Das Römische Recht gewährte zum Behuf der Teilung die actio communi dividundo; das Verfahren vollzog sich immer in den Formen der streitigen Gerichtsbarkeit, auch wenn ein Streit über die Beteiligung der Genossen oder sonstige Rechtsfragen nicht vorlag. Der Richter stand dabei in der Wahl der Mittel grundsätzlich ganz frei; er konnte den Gegenstand nicht nur real teilen, sondern auch einem Teilhaber ganz zuweisen unter Zubilligung einer Entschädigung an die andern, endlich ihn auch zur Versteigerung bringen unter Teilung des Erlöses; er begründete dabei die herzustellenden Rechtsverhältnisse durch sein konstitutives Teilungsurteil. S. Windscheid § 449 Nr. 3. Dieses Verfahren blieb auch das gemeinrechtliche; nur wurde die Teilung als solche zum Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bloß streitige Vorfragen entschied der Prozeßrichter. Ähnlich SächsGB. §§ 339—44, während der Code Art. 815 ff., 831 ff. womöglich Naturalteilung vollzogen werden ließ, und das Landrecht §§ 87—90 nur einen Anspruch auf öffentlichen Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes mit Teilung des Erlöses kannte.

Das BGB. hat mit dem gemeinrechtlichen System, mit Recht, ganz gebrochen, s. die gute Begründung in den Mot. S. 883; es kennt nicht jene freie und mit den Grundsätzen des modernen Prozeßrechts wenig zu vereinbarende Adjudikationsbefugnis des Richters, sondern gibt über die Art der Auseinandersetzung besondere Bestimmungen, gemäß deren der einzelne Gemeinschafter einen klagbaren Anspruch gegen die andern auf Einwilligung dazu hat. Der Richter nimmt nur auf Grund des erhobenen im Urteil einen entsprechenden deklaratorischen Ausspruch vor — „das Urteil ist ein gewöhnliches, und unterliegt in Ansehung der Vollstreckung den allgemeinen Grundsätzen", Mot. S. 883.

3. Inhaltlich geht der Anspruch zunächst nach § 752 auf Auseinandersetzung im Wege der **Naturalteilung**, eventuell nach § 753 auf solche durch **Verkauf**, wie im Landrecht.

Zur Naturalteilung kommt es unter drei Voraussetzungen:

a) sie muß „gleichartige, den Anteilen der Teilhaber entsprechende" Teile ergeben. Diese müssen also unter einander von gleicher Art sein, und zwar nicht von gleichem, aber der Berechtigungsquote des einzelnen entsprechendem Werte. Absolute Gleichartigkeit ist freilich, weil nur selten möglich, nicht zu erfordern, sondern nur solche in dem Sinn, daß der Verkehr die Teile nicht als grundsätzlich verschiedene bewertet, v. Seeler S. 84.

b) es darf sich dadurch der Gesamtwert nicht vermindern, d. h. die Summe der zu machenden Teile muß dem Werte der ungeteilten Sachen entsprechen („teilbare Sachen" im Sinne der bisherigen Terminologie).

c) Die Naturalteilung muß von den Teilhabern beantragt, und darf nicht durch Vertrag ausgeschlossen sein, v. Seeler S. 84.

Wann die Erfordernisse zu a—b erfüllt seien, ist wesentlich Tatfrage, s. l. 26 § 2 D. 30, Dernburg, Pand. I § 76. Zum neuen Recht Staudinger I, 2 und die Komentare zu BGB. § 93. Nicht teilbar sind normalerweise z. B. lebende Tiere, Kunstwerke, Edelsteine; teilbar Quantitäten von Flüssigkeiten oder Körnern, Metallbarren usw.

Bei einer Mehrheit selbständiger Sachen ist die Teilung möglich, falls die Stücke unter sich gleichartig — nicht notwenig gleichwertig (z. B. Banknoten von verschiedenem Betrage) — und in ihrer Zerstreuung nicht von vermindertem Werte sind: Geld, Wertpapiere, Schlachtvieh; mehrere Exemplare desselben Werkes. Anders bei einer „quadriga", den einzelnen Stücken einer „Garnitur" von Silbergerät, den mehreren Bänden eines Werkes.

Grundstücke sind in der Regel, aber nicht immer teilbar; so nicht, wenn die Zerstückelung die besondere Bewirtschaftungsart unmöglich machen oder erheblich erschweren würde. Anders bei städtischen Bauparzellen, wenn auch die geteilten angesichts der normalen Bebauungsart ihres Bezirks noch ausreichen, um entsprechend verwertet zu werden.

Dagegen können allgemeine volkswirtschaftliche, gegen die Parzellierung sprechende Bedenken hier nicht in Betracht kommen, solange kein gesetzliches Verbot der freien Teilbarkeit besteht, Mot. S. 884.

Häuser sind normalerweise nicht teilbar, auch nicht nach Stockwerken, da das BGB. ein Stockwerkseigentum nicht kennt und nur das partikularrechtlich etwa vorhandene bestehen läßt, EG. Art. 182.

Die nach dem Gesagten nicht teilbaren Gegenstände können nur auf Grund besonderer Abrede aller Beteiligten zur Teilung gelangen.

4. Um die Eigentumsverhältnisse der Teilung gemäß dinglich zu gestalten, bedarf es bei Grundstücken zunächst noch der Auflassung und Eintragung, und zwar auch dann, wenn die Entscheidung durch das Los erfolgt war, s. Oberneck, Grundbuchrecht S. 311.

§ 753.

Ist die Teilung in Natur ausgeschlossen, so erfolgt die Aufhebung der Gemeinschaft durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung, und durch Teilung des Erlöses. Ist die Veräußerung an einen dritten unstatthaft, so ist der Gegenstand unter den Teilhabern zu versteigern.

Hat der Versuch, den Gegenstand zu verkaufen, keinen Erfolg, so kann jeder Teilhaber die Wiederholung verlangen; er hat jedoch die Kosten zu tragen, wenn der wiederholte Versuch mißlingt.

E. I 769, 72 teilweise, E. II 689, RV. 740. — Mot. S. 885, Prot. II S. 759, 767, D. S. 133—5.

1. Das Verfahren des § 753, im Landrecht das gewöhnliche, tritt nach BGB. nur subsidiär ein, wenn die Sätze des § 752 nicht zum Ergebnis führen. Die Veräußerung braucht nicht an die Beteiligten zu geschehen, sondern der Kreis der Ersteher ist unbeschränkt, soweit nicht Satz 2 eingreift. Dies ist der Fall bei gemeinschaftlichen Urkunden, s. § 2047 Abs. 2, ferner möglicherweise kraft Vertrags der Beteiligten oder einer dahingehenden erblasserischen Bestimmung.

Der Verkauf selbst geschieht nach den §§ 1233 ff., bei Grundstücken nach den Bestimmungen des ZVG. vom 24. III. 1897; und zwar beides unter Beachtung der Schutzvorschriften der §§ 456—8 und 512.

2. Ist der gemeinsame Gegenstand im Rechtssinne **unveräußerlich**, so muß die Aufhebung der Gemeinschaft unterbleiben. § 749 bezieht sich nur auf die Verträge der Beteiligten über die Unteilbarkeit; ist diese durch Gesetz oder erblasserische Verfügung ausgesprochen, so behält es dabei sein Bewenden.

Kann wenigstens die Ausübung des Rechtes veräußert werden, wie beim Nießbrauch (§ 1059), so steht einem derartigen Verkauf nichts im Wege.

b) Bei nur faktischer Unverkäuflichkeit kommt Abs. 2 in Betracht.

3. § 753 ist dispositiv; abweichende Vereinbarungen der Beteiligten sind an erster Stelle zu beachten.

§ 754.

Der Verkauf einer gemeinschaftlichen Forderung ist nur zulässig, wenn sie noch nicht eingezogen werden kann. Ist die Einziehung möglich, so kann jeder Teilhaber gemeinschaftliche Einziehung verlangen.

E. I 769³, E. II 690, RV. 741. — Mot. S. 885, Prot. II S. 759, D. S. 135.

§ 754 regelt insbesondere das Verfahren bei gemeinschaftlichen Forderungen.

a) Sind sie fällig, so kann jeder Teilnehmer dem andern gegenüber ihre Mitwirkung zur gemeinsamen Einziehung — natürlich auch auf gemeinsame Kosten — verlangen und nötigenfalls ihre Verurteilung dazu erwirken; ob und inwieweit dem

Schuldner gegenüber eine solche Teilnahme aller an der Geltendmachung notwendig ist, bestimmt sich nach der konkreten Abrede, bei unteilbaren Forderungen nach § 432, s. Bem. dazu.

Mit dem eingezogenen Erlös wird dann, je nachdem er teilbar ist oder nicht, nach § 752 oder § 753 verfahren.

b) Sind sie **noch nicht fällig**, so können sie nach § 753 verkauft werden, unter Teilung des Erlöses, S. 1. Teilbare Forderungen, die nur als zum Gesellschaftsvermögen gehörig (s. Bem. zu § 718) oder abredegemäß gemeinsam waren, würden an sich trotz fehlender Sonderbestimmung im Sinne von § 752 geteilt werden können; jedoch wird in solchen Fällen vielfach auch der Schuldner nur an alle Gläubiger gemeinsam zu leisten haben. So auch Enneccerus S. 749.

§ 755.

Haften die Teilhaber als Gesamtschuldner für eine Verbindlichkeit, die sie in Gemäßheit des § 748 nach dem Verhältnis ihrer Anteile zu erfüllen haben oder die sie zum Zwecke der Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit eingegangen sind, so kann jeder Teilhaber bei der Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, daß die Schuld aus dem gemeinschaftlichen Gegenstande berichtigt wird.

Der Anspruch kann auch gegen die Sondernachfolger geltend gemacht werden.

Soweit zur Berichtigung der Schuld der Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes erforderlich ist, hat der Verkauf nach § 753 zu erfolgen.

E. II 691, RV. 742. — Prot. II S. 760—2, 764 ff.

1. **Allgemeines**: Der Umstand, daß nach § 748 die Teilnehmer im internen Verhältnis die Lasten und Kosten des gemeinsamen Gegenstandes anteilsmäßig zu tragen verpflichtet sind, beantwortet noch nicht die Frage ihrer Haftung nach außen; diese kann sich vielmehr sehr verschieden gestalten: gleichfalls **anteilsmäßig**, ferner so, daß **einer allein dem Gläubiger gegenüber verpflichtet** ist, s. wegen dieses Falles §§ 748, 756. Endlich ist auch eine **Gesamthaftung** möglich und in dem Fall, daß die Teilnehmer die Verbindlichkeit durch Vertrag übernommen haben, sogar nach § 427 im Zweifel vorhanden. Davon redet speziell § 755; und zwar hat er nicht nur Verpflichtungen im Auge, die unmittelbar unter die in § 748 aufgeführten Gruppen gehören, sondern auch solche, die zur Erfüllung einer derartigen Verbindlichkeit ihrerseits übernommen sind, z. B. die Gemeinschafter haben, um Hypothekenzinsen oder Reparaturkosten begleichen zu können, gemeinsam ein Darlehen aufgenommen. Blieben diese Verbindlichkeiten bei der Teilung unberichtigt, so würde jeder Beteiligte dem Gläubiger gegenüber auf das Ganze haftbar bleiben, ohne doch fortan die ihm früher durch die Aussicht auf Befriedigung aus dem gemeinsamen Gegenstand gewährleistete Sicherheit zu besitzen.

§ 755 bestimmt daher, daß jeder Teilnehmer bei der Auseinandersetzung von den übrigen **die Berichtigung einer derartigen Schuld aus dem gemeinsamen Gegenstande** verlangen kann. Die Art dieser Berichtigung ist offenbar verschieden nach dessen Natur:

a) Besteht er in Geld oder Wertpapieren, so wird der nötige Betrag einfach daraus entnommen.

b) Andernfalls muß der Gegenstand — oder, bei einer Mehrheit von solchen, ein zur Berichtigung nötiges Quantum — verkauft werden, und zwar gemäß **Abs. 3** nach den Regeln von § 753. Dies trotz etwaiger Teilbarkeit, denn aus andern als den unter a genannten kann die Befriedigung des Gläubigers nicht erfolgen, es liege denn Hingabe an Zahlungsstatt vor.

2. Sind die fraglichen Verbindlichkeiten noch nicht fällig, so dürfte trotzdem der Anwendung des § 755 wort- wie sinngemäß nichts im Wege stehen; nur geht dann

der Anspruch nicht auf sofortige Befriedigung, sondern auf Hinterlegung einer entsprechenden Summe.

Der Anspruch des § 755 richtet sich nach Abs. 2 auch **gegen die Sondernachfolger**; bei Grundstücken nach § 1010 Abs. 2 freilich nur, wenn grundbuchmäßig eingetragen. Wegen der Konstruktion s. das zu § 746 und 751 Gesagte. Jedenfalls liegt darin keine reine Obligation, auch keine gegen den in ein bestimmtes Rechtsverhältnis Eintretenden gerichtete („Realobligation"); denn der Nachfolger haftet nicht persönlich, sondern muß sich nur eine gewisse Verwendung des Gegenstandes gefallen lassen. Ich möchte daher darin eine (dingliche) Modifikation des Anteilsrechtes finden.

3. Soweit der gemeinschaftliche Gegenstand oder sein Erlös nicht zur Berichtigung der Verbindlichkeiten zureicht, bewendet es bei den persönlichen Ansprüchen aus § 748 auf Erstattung oder Befreiung. Das bedeutet bei den nach außen gesamtschuldnerisch übernommenen Verbindlichkeiten: jeder Teilnehmer kann von den andern die Herbeiführung der Befreiung rücksichtlich des über seinen Anteil (s. § 748) hinausgehenden Haftungsquantums verlangen.

Von einer Haftung der Rechtsnachfolger ist hier keine Rede.

4. S. auch das Absonderungsrecht aus KO. § 51.

§ 756.

Hat ein Teilhaber gegen einen andern Teilhaber eine Forderung, die sich auf die Gemeinschaft gründet, so kann er bei der Aufhebung der Gemeinschaft die Berichtigung seiner Forderung aus dem auf den Schuldner entfallenden Teile des gemeinschaftlichen Gegenstandes verlangen. Die Vorschriften des § 755 Abs. 2, 3 finden Anwendung.

E. I 770, E. II 692, RV. 743. — Mot. S. 885—7, Prot. II S. 762—6.

§ 756 behandelt die sich aus § 748 ergebenden (s. auch Bem. 1 zu § 755) Fälle, daß ein Teilnehmer gegen die andern eine auf die Gemeinschaft bezügliche Forderung hat, sei es eine solche auf Ersatz der über seinen Anteil hinaus gemachten Auslagen, sei es eine solche auf Befreiung von einer im Interesse der Gemeinschaft derartig übernommenen Schuld.

Die Regelung dieses Falles entspricht der des vorigen (§ 755); nur kann der Regreßberechtigte, da es sich hier um eine ihn insoweit überhaupt nicht angehende Schuld handelt, die Berichtigung des gesamten Schuldquantums aus den Auseinandersetzungsanteilen gerade der andern Teilnehmer verlangen; nicht nur aus dem gemeinsamen Gegenstand selbst.

Wegen erst übernommener, noch nicht beglichener Verbindlichkeiten kann der Berechtigte die Leistung in der Regel nicht an sich, sondern zu Händen des Gläubigers fordern, bei noch nicht fälligen nur die Hinterlegung.

S. im übrigen die Bem. zu § 755.

§ 757.

Wird bei der Aufhebung der Gemeinschaft ein gemeinschaftlicher Gegenstand einem der Teilhaber zugeteilt, so hat wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache jeder der übrigen Teilhaber zu seinem Anteil in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten.

E. I 771, E. II 693, RV. 744. — Mot. S. 887—8, Prot. II S. 767.

1. **Allgemeines**: Die Zuteilung eines gemeinsamen Gegenstandes an einen Teilnehmer kann nach dem BGB. vorkommen:

a) Nach § 752, wenn ihm ein realer Teil des gemeinsamen Gegenstandes sowie ein oder mehrere Stücke von der zu teilenden Quantität zugewiesen wird.

b) Nach § 753, wenn ein Teilhaber den gemeinsamen Gegenstand käuflich an sich bringt.

In beiden Fällen kann das Erlangte rechtliche oder faktische Mängel aufweisen.

Alsdann ließ schon das bisherige Recht eine Haftung der andern Genossen gegenüber dem Übernehmer eintreten, s. l. 10 § 2 D. 10,3, Landrecht I, 17, §§ 97—8, Code Art. 883 ff., SächsGB. §§ 2347 ff. Dem folgt nunmehr auch das BGB. Es hätte dazu keiner besonderen Bestimmung bedurft für den Fall b), denn hier liegt ja ein wirklicher Verkauf seitens der andern Teilhaber an den Ersteher vor; wohl aber für den Fall a), weil hier „die Auffassung vertreten und möglich ist, der Teilhaber, welcher seinen Bruchteil zugunsten eines andern Teilhabers aufgebe, schließe keinen Veräußerungsvertrag", Mot. S. 887.

Indes finden nach der positiven Bestimmung unseres Paragraphen nunmehr auch für diesen Fall die Sätze des Kaufes, also die §§ 434 ff. und 459 ff., Anwendung.

2. Wie ist es in den Fällen der Teilung eines Gegenstandes oder mehrerer, wenn **alle Teile oder Stücke** sich in der gleichen Art als **mangelhaft** erweisen (z. B. das gesamte gemeinsame Getreide war verdorben)? Dann scheint mir trotz des allgemein redenden Wortlautes sinngemäß für eine gegenseitige Haftung kein Platz. Ebenso Dernburg § 371 Anm. 8.

Anders bei der Mangelhaftigkeit nur eines der zugewiesenen Teile, z. B. auf der dem Teilnehmer A zugewiesenen Parzelle des gemeinsamen Grundstücks lastete allein eine Grundgerechtigkeit. Dann kommt unser Satz zur Anwendung.

§ 758.

Der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft unterliegt nicht der Verjährung.

E. I 768, E. II 694, RV. 745. — Mot. S. 881, Prot. II S. 756.

Der Grundsatz entspricht dem bisherigen Recht, s. die Angaben in den Mot. S. 881 No. 2, und ergibt sich aus der Erwägung, daß der Auseinandersetzungsanspruch in jedem Moment der Gemeinschaft neu entsteht, so daß die früheren, etwa verjährten Ansprüche doch fortwährend durch nachrückende neue ersetzt werden. S. auch die ähnlichen Bestimmungen in den §§ 924 und 2042.

Unverjährbar ist aber nur der im Text genannte Anspruch; die andern sich aus der Gemeinschaft ergebenden Ansprüche, insbesondere die aus §§ 744 und 748, unterliegen der Verjährung nach den allgemeinen Grundsätzen.

Sechzehnter Titel.

Leibrente.

Vorbemerkung.

Literatur: Eccius bei Gruchot 45 11 ff., Sepp, Leibrentenvertrag, 1905 (ursprünglich Erlanger Dissert.).

1. **Begriff:** Unter einer Leibrente versteht man fortdauernde Prästationen, die jemand einem andern für seine Lebenszeit oder für einen sonstigen, in seiner Dauer bestimmten oder unbestimmten Zeitraum zu verabreichen hat. Sie unterscheidet sich von der Alimentation weniger durch ihren Inhalt — denn wie einerseits die Alimente nicht überall in natura, sondern bisweilen in Geld (alimenta civilia) zu leisten sind, so ist andererseits der Leibrente eine Leistung in Geld nicht wesentlich —, als vielmehr durch ihren Umfang. Das Quantum der zu leistenden Rente ist nicht, wie bei den Alimenten, nach den, sei es standesgemäßen, sei es bloß notdürftigen Bedürfnissen des Berechtigten zu bemessen, sondern besteht in einer festen Summe. Eine angebliche Unterhaltsleistung, die ohne Rücksicht auf die persönlichen Momente einen von vornherein fixierten Umfang hätte, wäre in Wahrheit

Leibrente, oder es würden doch deren Regeln darauf entsprechend anzuwenden sein, s. Mot. S. 636.

2. Das BGB. behandelt die Leibrente, vom Satze des § 761 abgesehen, nur nach ihrem Inhalt, nicht nach dem **Entstehungsgrunde** der Verpflichtung. In der Tat ist dieser nicht einheitlich; alle überhaupt zur Entstehung eines Schuldverhältnisses ausreichenden Gründe sind auch für sie geeignet: letztwillige Verfügung, gesetzliche Anordnung (Beispiele in den §§ 843, 1612), endlich und vorzugsweise auch der Vertrag, sei er oneros oder — seltener — lukrativ. Der im Leben häufigste, vom Landrecht (I, 11, § 606) sogar allein berücksichtigte Fall ist der des zweiseitigen speziellen „Leibrentenvertrages" mit Versicherungs- und ähnlichen Gesellschaften, bei dem der künftige Empfänger der Rente ein bestimmtes Geldquantum als Gegenleistung gewährt, und der somit dem Versicherungsvertrage einigermaßen nahe rückt. Ist der Vertrag unentgeltlich, so liegt darin zugleich eine Schenkung, so daß deren Regeln, namentlich auch der Formzwang des § 518 sowie die Anfechtung im Konkurse, darauf Anwendung finden, s. auch § 2325. Aber auch davon abgesehen, ist der Leibrentenvertrag als solcher nach § 761 dem — freilich milderen — Formzwang der Schriftlichkeit unterworfen.

Anderen Beschränkungen unterliegt er als solcher nicht, kann auch insbesondere gültig zugunsten dritter geschlossen werden, obwohl das im BGB. im Gegensatz zum Landrecht (§§ 112—13) nicht ausdrücklich erwähnt wird.

3. **Begriff der Leibrente:**

a) Wie der Ausdruck „Leibrente" beweist, muß es sich um **fortlaufende, regelmäßige Leistungen** handeln; sie können bestehen in Geld wie anderen vertretbaren Sachen (so besonders Landrecht I, 11, § 606). Ob auch in Handlungen oder Gewährung geldwerter Gerechtsame, ist zweifelhaft; nach Dernburg, Privatrecht II § 160 sollen sie nur neben Geldleistungen in Betracht kommen; weiter gehen, freilich zweifelnd, die Mot. S. 637 und Landé No. 1, nicht minder Eccius S. 16, Staudinger Vorbem. 1. Ich glaube, man würde durch eine so weite Ausdehnung dem Begriffe der Rente, wie er sich im Leben und der bisherigen Rechtsanwendung festgestellt hat, Gewalt antun, und möchte daher mit Sepp S. 11ff., Crome § 251 Anm. 1, Dernburg § 201, I, 2, die Frage grundsätzlich verneinend beantworten. Allerdings gibt das BGB. keinen rechten Anhalt, solche etwa vorkommenden Abreden aus dem Anwendungskreis der folgenden Paragraphen ohne weiteres herauszuweisen, und so mag sich mit Planck, Vorbem., wenigstens eine entsprechende Anwendbarkeit darauf wohl annehmen lassen.

b) Die Leistungen dürfen nicht den Entgelt darstellen für eine in den entsprechenden Zeiträumen vorzunehmende Arbeits- oder sonstige Dauerleistung des Empfängers. Denn sonst ließe sich eine Abgrenzung gegen Dienstvertrag und Miete nicht gewinnen. So mit Recht Eccius S. 14 (sie müssen „unabhängig von einer sie erst noch besonders bedingenden Gegenleistung zu zahlen sein"). Noch weitergehend meint Lotmar, Arbeitsvertrag S. 150—1, daß auch die Fälle nicht unter den Leibrentenvertrag gehörten, wo die Rentengewährung der vom Gegner dafür als Äquivalent gewährten Dauerleistung nachfolge. Jener liegt somit nach Lotmar nur dann vor, wo die Rente entweder unentgeltlich oder gegen einmalige (Kapital-)Leistung versprochen sei. Dem wird man in der Tat zustimmen. Denn macht es, wie nicht zu bezweifeln, für den Begriff des Dienst- und Mietvertrages nichts aus, wenn der Lohn oder Zins erst postnumerando fällig wird, so kann doch auch der Umstand nichts ändern, daß der zu postnumerierende ratenweise zu zahlen ist. Fallen aber die Gebrauchs- und Dienstüberlassungsverträge unter anderweit geregelte Rechtsfiguren, so können sie nicht wohl Leibrentenverträge sein. Diesem Argument ließe sich nur von der Anschauung aus widerstreben, daß es sich bei der Leibrente nicht um eine besondere Vertragsart, sondern nur um einen bei den verschiedensten Geschäften vorkommenden besonderen Vertragsinhalt handele. Aber dieser an sich mögliche Standpunkt dürfte zweifellos nicht der des BGB. sein, wie aus der Stellung unseres Titels im System der einzelnen Schuldverhältnisse hervorgeht.

4. **Rechtsnatur des Vertrages:** Der Leibrentenvertrag ist demnach ein besonderer Vertrag (so auch Sepp S. 30); er kann unentgeltlich wie entgeltlich sein; ersterenfalls stellt er zwar zugleich eine Schenkung dar, ist aber nicht selbst eine Schenkung, sondern es liegt nur in seinem Abschluß eine Schenkung. Ebensowenig ist er ein Schenkungsversprechen und als solches der Form des § 518 unterworfen, wie sich aus § 761 ohne weiteres ergibt. Er kann auch entgeltlich sein und ist dann von den anderen

gegenseitigen Verträgen verschieden, nicht nur von Miete, Dienst- und Werkvertrag (s. oben), sondern auch von Kauf, Tausch, Darlehen, unter deren Schablone ihn zu pressen man bisweilen früher versucht hat. So auch treffend Sepp aaO., der daraus die Unanwendbarkeit des § 454 ableitet, S. 33ff. Anwendbar sind vielmehr neben §§ 759ff. nur die allgemeinen Regeln der gegenseitigen Verträge, §§ 320ff., soweit sich nicht aus der Besonderheit unseres Vertrages ihre Unanwendbarkeit ergibt.

5. **Rechtsnatur des Leibrentenrechts:**

a) Sehr streitig ist die Frage, ob darin ein einheitliches Recht zu finden sei, oder eine Mehrheit suspensiv-bedingter Einzelansprüche. Letzteres ist wohl die vorherrschende Lehre, so z. B. Planck Nr. II, 1, doch mehren sich neuerdings die abweichenden Stimmen, so Eccius S. 28, Enneccerus S. 759, Endemann § 189 Anm. 9, Sepp S. 57ff., dieser mit überzeugenden Gründen: es liegt vor ein einheitliches Forderungsrecht auf die fortlaufenden Raten, nur auflösend bedingt durch Tod des Berechtigten oder sonstige Beendigungsgründe (S. 65, 68). Das ist von besonderer Bedeutung für die Beweislast. Der Gegner muß den Wegfall der Pflicht als besondere rechtsvernichtende Tatsache beweisen.

Nur ist mit Enneccerus daran festzuhalten, daß neben dem allgemeinen Leibrentenrecht auch besondere Einzelansprüche vorhanden sind, die jenes hervorbringt, ohne sich darin völlig zu erschöpfen (den Zinsen vergleichbar, freilich mit dem Unterschied, daß hier der Kapitalanspruch neben den Zinsansprüchen fehlt). Nur aus dieser Scheidung erklärt sich die verschiedene Verjährung des Gesamtrechts und der Einzelansprüche, §§ 197, 201, Enneccerus aaO., unten Nr. 5 zu § 760.

b) Mit dieser Frage hängt eine weitere, auch praktisch wichtige zusammen: Worin besteht, soweit der Vertrag ein gegenseitiger ist (s. oben Nr. 4), die Gegenleistung? Die Antwort könnte lauten:

α) In der Gewährung des einheitlichen Rentenrechts. Das hätte die bedeutsame Folge, daß die eintretende Unmöglichkeit der Leistung, der Verzug hinsichtlich einzelner Raten sich nicht auf die Gegenleistung als solche beziehen und daher nicht die entsprechenden Rechtswirkungen auslösen könne. Denn diese besteht ja in dem von den Einzelraten verschiedenen Gesamtrecht.

Für diese Auffassung Enneccerus S. 755, Sepp S. 91ff.; auch Eccius S. 28 hält sie der allgemeinen Anschauung am meisten entsprechend, leugnet freilich ihre positivrechtliche Geltung.

β) Die Gegenleistung besteht in der Summe der einzelnen Renten, von denen jede auch dann als Teil der Gegenleistung erachtet werden kann, wenn man ein einheitliches Recht als geschuldet annimmt. Verzug, Unmöglichkeit bei einer Rate enthielten dann Teilverzug, Teilunmöglichkeit wegen des Ganzen, wichtig wegen des Rücktrittsrechts aus § 326. So Eccius S. 28, dagegen Sepp S. 87ff., der aber mit seinen Erwägungen vom Standpunkt eines nur einheitlichen Rechts kaum gegen Eccius durchdringen kann. Anders nach dem oben (α) angenommenen vermittelnden Standpunkt von Enneccerus, der, wie ich glaube, zweifellos zur Unanwendbarkeit des § 326 auf die genannten Ereignisse nur bei einzelnen Raten führt.

6. Wegen der **Dauer** der Leibrente s. § 759 und Bem. dazu.

7. Es mag an dieser Stelle bemerkt werden, daß das BGB. nicht, wie manche andere Gesetzbücher (Landrecht I, 11, §§ 527ff., Code Art. 1964ff.), allgemeine Bestimmungen über **gewagte Verträge** kennt; von den in der Regel dazu gerechneten sind außer der Leibrente nur noch Spiel und Wette, im nächsten Titel, besonders behandelt. Der Versicherungsvertrag, zunächst vorbehaltene Materie, EG. Art. 75, soll demnächst besonders geregelt werden. Über die emtio spei und rei speratae s. oben Vorm. 1b vor § 433.

Nicht erörtert ist als solcher auch der **Alimentenvertrag**; er stellt unter Umständen in Wahrheit einen Leibrentenvertrag dar (s. oben Nr. 1); für die übrigen Fälle ist „wegen der Verschiedenheit der konkreten Fälle und Vertragszwecke" (Mot. S. 636) eine allgemeine Regelung unterblieben, nur die gesetzliche Unterhaltspflicht ist im Familienrecht ausgiebig behandelt.

Der **Altenteilsvertrag** endlich, der neben seiner obligatorischen übrigens auch eine sehr wichtige dingliche Seite aufweist, ist der reichsrechtlichen Regelung entzogen und dem Landesrecht vorbehalten worden, EG. Art. 96 (s. in den Kommentaren dazu die Hinweise auf die einschlägigen landesrechtlichen Bestimmungen), Mot. S. 636.

§ 759.

Wer zur Gewährung einer Leibrente verpflichtet ist, hat die Rente im Zweifel für die Lebensdauer des Gläubigers zu entrichten.

Der für die Rente bestimmte Betrag ist im Zweifel der Jahresbetrag der Rente.

E. I 660, 662—3, E. II 701, 703, RV. 746. — Mot. S. 635—9, 640—2, Prot. II S. 486—8.

1. **Absatz 1** (s. dazu näher Eccius S. 17, Enneccerus S. 751, Sepp S. 18). Daß die Leibrente im Zweifel für die Lebenszeit des Berechtigten zu entrichten sei, entspricht der Natur des Verhältnisses und ist auch zum Teil schon in früheren Gesetzbüchern, so im Sächsischen § 1152 Abs. 2, ausgesprochen.

Anderweite Begrenzung ist natürlich möglich und nicht selten: Stellung auf die Lebenszeit des Schuldners oder eines dritten; auf eine feste Zahl von Jahren; bis zur Selbständigmachung des Berechtigten. Indes ist auch hier überall in der Regel zu unterstellen, daß die Rente bei vor dem festgesetzten Endereignis eintretenden Tode des Berechtigten gleichfalls erlöschen, daß also jenes nur den letztmöglichen Endtermin darstellen soll, so ausdrücklich SächsGB. § 1153, auch Mot. S. 638—9. Ja, man wird weitergehend mit Enneccerus und Sepp sagen müssen: eine ohne Rücksicht auf das Leben des Berechtigten eventuell zu Gunsten der Erben vereinbarte Rente ist keine wahre Leibrente. Wie schon der Name (Leib-, d. h. Lebensrente) besagt, ist die Lebenszeit des Berechtigten das sinngemäße Maximum der Rentendauer. Andererseits tut auch die bereits erwähnte Eventualität eines früheren Rentenwegfalls dem Wesen der Leibrente zwar nicht notwendig, aber möglicherweise Abbruch, s. Sepp aaO. Die Abstellung auf ein anderweites Endereignis neben dem Tode darf, um dieses Wesen nicht zu gefährden, nur im Sinne einer Nebenbestimmung gemeint sein: ist dieser Endtermin als der normale, wahrscheinlich vor dem Tode des Berechtigten das Verhältnis endende ins Auge gefaßt, so liegt keine Leibrente vor.

Ob der Tod des einen oder andern auf natürliche oder künstliche Art herbeigeführt ist, macht im allgemeinen keinen Unterschied, so besonders Landrecht §§ 619—20. Wird aber der Gläubiger vom Schuldner schuldhaft ums Leben gebracht, so muß dieser nach der herrschenden Lehre den Erben Schadensersatz leisten auf Grund von § 823 Abs. 1, § 844, während das vertragsmäßige Recht freilich untergegangen ist. So außer Aufl. 1 auch Kisch, Unmöglichkeit S. 5, Enneccerus S. 755, Dernburg § 201, VI, Sepp S. 98ff. Aber das scheint bedenklich, zudem unnötig. Bedenklich: denn das durch die Tötung verletzte Leibrentenrecht ist ein obligatorisches, das nach der herrschenden und richtigen Lehre (s. Vorbem. von § 823) jedenfalls der Schuldner nicht als solches deliktisch verletzen kann. Ferner ist es bedenklich, die Erben ohne weiteres als verletzt anzusehen: das „verletzte" Recht hat ihnen nicht zugestanden. Da ferner die Leibrente Gewährleistung des Lebensunterhaltes für den Berechtigten bezweckt, keine Kapitalisierung, ist nicht anzunehmen, daß durch Tötung des Berechtigten dessen Vermögen und damit die Erbmasse nachteilig beeinflußt werde. Unnötig: weil man mit Eccius vom Standpunkt der Einheitlichkeit des Rentenrechts bereits nach § 162 ein entsprechendes Ergebnis gewinnen kann: der Schuldner hat in den entsprechenden Fällen, wenn auch nicht immer, so doch vielfach den Eintritt der auflösenden Bedingung wider Treu und Glauben herbeigeführt. Ebenso Planck Nr. 1. Für die andern Fälle (fahrlässige Tötung) könnte höchstens § 823 Abs. 2, keinesfalls Abs. 1 zugunsten einer Haftung herangezogen werden. Aber auch das dürfte nach dem Gesagten gewichtige Gründe gegen sich haben. Jedenfalls wird man im Falle der vorsätzlichen Tötung des dritten, auf dessen Lebenszeit die Dauer der Rente gestellt war, zugunsten eines Fortbestehens der Rentenpflicht wohl den § 162 analog verwerten können, weil hier der Schuldner den Eintritt einer auflösenden Bedingung für den Anspruch wider Treu und Glauben herbeigeführt hat; es ist also die Rente für die mutmaßliche Lebensdauer des Getöteten fortzuzahlen. Dagegen ist die von den Mot. S. 641 vertretene Anwendbarkeit des § 823 für diesen Fall bedenklich. Führt der Schuldner, an dessen Lebenszeit die Rente geknüpft ist, schuldhaft seinen eigenen Tod herbei, etwa durch Selbstmord, so kann zwar nicht § 826 zur Anwendung kommen, da ja der Selbstmord trotz der Mot. S. 831 schwerlich immer als eine

„gegen die guten Sitten verstoßende Handlung“ aufzufassen sein dürfte, und außerdem das Moment der vorsätzlichen Schädigung meist fehlen wird; jedoch wird eine liberale Auslegung des die Verpflichtung begründenden Vertrages oder Testamentes meist dahin führen, einen solchen Tod nicht als Beendigungsgrund gelten zu lassen. Dernburg will auch hier den § 162 anwenden, was zum gleichen Ergebnis führt.

In allen drei Fällen ließe sich wohl auch so argumentieren: wenn der Schuldner nach §§ 275—6 für eine von ihm verschuldete Unmöglichkeit der Leistung aufzukommen hat, so muß er es erst recht, wenn er durch einen von ihm zu vertretenden Umstand ein Ereignis setzt, an das auch ohne den Eintritt einer solchen Unmöglichkeit vertragsmäßig das Ende der Berechtigung des Gläubigers geknüpft war.

2. **Mehrheit von Berechtigten**: Bei dem Fehlen besonderer Sätze gelten dafür die allgemeinen Regeln, s. §§ 420 ff., 432. Ob mit dem Ableben des einen Berechtigten die auf ihn fallende Quote in Wegfall kommt oder den andern anwächst (sogen. Tontinensystem), bestimmt sich nach der besonderen Abrede, Mot. S. 639, doch läßt sich im Zweifel wohl eine Vermutung im ersteren Sinn rechtfertigen, so auch Leske S. 301—2.

3. Auch die Auslegungsregel des **Absatzes** 2 entspricht der Natur des Verhältnisses und dem bisherigen Recht, s. z. B. SächsGB. § 1154 Abs. 1.

§ 760.

Die Leibrente ist im voraus zu entrichten.

Eine Geldrente ist für drei Monate vorauszuzahlen; bei einer anderen Rente bestimmt sich der Zeitabschnitt, für den sie im voraus zu entrichten ist, nach der Beschaffenheit und dem Zwecke der Rente.

Hat der Gläubiger den Beginn des Zeitabschnitts erlebt, für den die Rente im voraus zu entrichten ist, so gebührt ihm der volle auf den Zeitabschnitt entfallende Betrag.

E. I 661, E. II 702, RV. 747. — Mot. S. 639—40, Prot. II S. 486.

1. **Prinzip**: Die Bestimmungen des Paragraphen entsprechen dem regelmäßigen Zwecke der Leibrente und dem bisherigen Rechte, so Landrecht I, 16, §§ 61—2, SächsGB. § 1154 Abs. 2. Natürlich kann auch ein anderes ausgemacht werden, sowohl im Sinne einer Erweiterung wie Beschränkung der Rechte des Empfängers.

2. Bei **Nichtleistung der Pflicht** kommen die allgemeinen Regeln wegen Verzug und dergl. zur Anwendung; die verschärfende Vorschrift des Code Art. 1917—8 ist nicht anerkannt. Zu beachten ist, daß die Nichtleistung einzelner Raten nach Vorbem. 4—5 keineswegs als teilweise Nichtleistung des allgemeinen Rentenrechts als solche erscheint, also auch keinen Rücktritt im Sinne von § 326 rechtfertigen kann. Da auch eine entsprechende Anwendung des § 554 sehr bedenklich erscheinen würde, kann ein Rücktrittsrecht wegen Säumnis des Gegners in Ratenzahlungen überhaupt nur bei besonderer Abrede angenommen werden.

Der Berechtigte kann sich übrigens in geeigneten Fällen schützen durch Erwirkung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, er kann auch nach der neuen Vorschrift der ZPO. § 257 schon im voraus auf künftige Zahlung klagen.

Im Konkurse des Pflichtigen ist die Rente nach ihrem Schätzungswerte zu berücksichtigen. KO. § 69.

3. **Empfänger der Leistung** ist der Berechtigte; wofern die Rente mit einem Nießbrauch belastet, der Nießbraucher, § 1073; wegen Verpfändung s. §§ 1281—2.

4. Der **Absatz** 3 enthält eine, zwar gegenüber dem Grundsatz des § 759 singuläre, aber angemessene und dem bisherigen Recht (s. Mot. S. 639 No. 4) entsprechende Begünstigung des Berechtigten. Er greift nur Platz bei vorhandener Verpflichtung zur Vorauszahlung, nicht bei etwa freiwillig erfolgter; liegt aber solche Pflicht vor, so brauchen die Erben des Gläubigers nicht nur das schon Erhaltene nicht herauszugeben, sondern haben auch einen klagbaren Anspruch auf den etwa noch nicht gezahlten Betrag für die Vorauszahlungszeit.

5. **Verjährung** (s. Sepp S. 85—7). Sie ist für das Gesamtrecht die gewöhnliche, dreißigjährige, beginnend wohl mit Fälligkeit der ersten Rate. Daneben unterliegen

die Ansprüche auf die Einzelraten einer besonderen vierjährigen Verjährung nach §§ 197, 201.

§ 761.

Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leibrente versprochen wird, ist, soweit nicht eine andre Form vorgeschrieben ist, schriftliche Erteilung des Versprechens erforderlich.

Neuerung der Reichstagskommission, Bericht S. 54.

Der Paragraph enthält eine Neuerung der Reichstagskommission, wie der in Tendenz und Inhalt nahe verwandte § 766 bei der Bürgschaft. **Nicht der ganze Vertrag** muß schriftlich sein, sondern nur die **Abgabe** des Versprechens; seine Annahme kann formlos, ja selbst stillschweigend erfolgen. Die zu beobachtende Schriftform regelt sich im einzelnen nach § 126; Folge ihrer Versäumung ist Nichtigkeit des Aktes, § 125.

Eine anderweite Form kann vorgesehen sein durch Vertrag oder — häufiger — durch Gesetz, so wenn der Leibrentenvertrag eine Schenkung enthält (Vorbem. Nr. 2); wenn als Gegenleistung das ganze Vermögen (§ 311) oder ein Grundstück (§ 313) gewährt wird.

Sind auch die in Dienstverträgen vorkommenden Pensionszusicherungen der Form des § 761 unterworfen? Dafür anscheinend Eccius S. 13, während Lotmar, Arbeitsvertrag S. 153, sogar von einer remuneratorischen Schenkung, die dem Beurkundungszwang unterliegt, redet. M. E. ist die Pension hier einfach ein durch die Arbeitsleistungen vor der Pensionierung entgoltener vertragsmäßiger Lohnbestandteil, der auf Grund des die Anwendung unserer Vorschrift ausschließenden Dienstvertrages vereinbart wird. Anders könnte nur entscheiden, wer in der Leibrente nicht eine besondere Vertragsart, sondern nur besonderen Leistungsinhalt sieht, s. dagegen Vorbem. 3.

Siebzehnter Titel.

Spiel. Wette.

Vorbemerkung.

Literatur: Die bisherige, nur teilweise noch bedeutsame, s. bei Windscheid II § 419 a. A. Dazu jetzt Mengel und Wette, 1902, Majert, Dissert. Heidelberg 1904, Elster, ArchBürgR. 26 34ff.

1. **Allgemeines**: Das BGB. behandelt von den „Glücksverträgen" das Spiel und die Wette nebst dem Lotterie- und Ausspielgeschäft (§ 763). Eine Abgrenzung von Spiel und Wette gibt das Gesetz nicht, sie ist bei ihrer rechtlichen Gleichstellung auch wenig bedeutsam. Die herkömmliche und richtige Unterscheidung geht aus von der verschiedenen Absicht: beim Spiel ist das Leitmotiv auf Unterhaltung und Gewinn gerichtet, bei der Wette waltet das ideelle Interesse an der Bewahrheitung einer aufgestellten Behauptung vor; so u. a. Windscheid § 419 No. 3, Dernburg, Pand. II §§ 104—5, RG. Entsch. in Strafsachen 7 21; a. A. Thöl, Handelsrecht I § 304, nach dem es darauf ankommt, ob die Parteien zum Austrag der Sache selbst tätig werden (Spiel) oder nicht (Wette).

Das Spiel war schon im bisherigen Recht nicht klagbar, so nach Gemeinem Recht — in dem aber auf Grund germanischer Auffassungen eine Kondiktion des als Erfüllung Geleisteten nicht gestattet war —, Landrecht I, 11, §§ 577—8, Code Art. 1965ff., SächsGB. § 1480 — Dagegen ward die **Klagbarkeit der Wette** meist zugegeben, sei es unbeschränkt (Gemeines Recht), sei es wenigstens bei barem Einsatz der Wettsumme (Landrecht aaO. § 579), während das französische und sächsische Recht die Wette dem Spiele gleich behandeln.

Auch das BGB. erklärt **beides** gleichmäßig für **nicht klagbar**, schließt aber gleichfalls eine Zurückforderung des Gezahlten „deshalb, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat", aus, einerlei, ob die Leistung in Kenntnis oder Unkenntnis der Unklagbarkeit geschehen wäre.

Eine **Nichtigkeit** der Geschäfte ist damit nicht ausgesprochen — anderenfalls wäre der Ausschluß der Kondiktion unerklärlich — sondern eben nur die Unklagbarkeit. Dazu führt auch der in der Kommission hervorgehobene Gedanke, daß Spiel und Wette nichts Unschickliches seien, aber dem Gebiet der Sitte, nicht des Rechtes, angehörten. Es entsteht also daraus eine natürliche Verbindlichkeit in dem in der allgemeinen Vorbem. vor § 241 Nr. 5 festgestellten Sinn, mit der freilich weitere Wirkungen nicht verbunden sind: sie kann nicht zur Aufrechnung verwendet werden, wie sich schon aus § 390 a fortiori ergibt und wie es auch dem bisherigen Recht entspricht, Mot. S. 644 No. 2; ferner ist nach Abs. 2 (s. unten) eine Herstellung der Klagbarkeit durch die Anerkennungsakte der §§ 780—1 ausgeschlossen.

Nach dem Gesagten ist der gesetzliche Ausdruck „wird eine Verbindlichkeit nicht begründet" als zu weit gehend zu modifizieren. So auch Mengel S. 62 und die in der Vorbem. aaO. Zitierten, anders besonders Hellwig und Siber (s. ebenda).

2. Bei der Regelung des BGB. sind überall **erlaubte Spiele und Wetten** vorausgesetzt. Verbotene Spiele (namentlich im Sinne des RStrGB. §§ 284ff., 360 Nr. 14) sind im Zweifel, Spiele und Wetten mit unsittlichem Inhalt oder Zweck sind nach §§ 134, 138 schlechthin als nichtig anzusehen, erzeugen also keinerlei zivilrechtliche Verbindlichkeiten. Es kann freilich das betreffende Verbotsgesetz eine mildere Wirkung haben sollen; ob und wann dem so ist, läßt sich hier nicht feststellen; die Auslegung des einzelnen Gesetzes entscheidet, s. auch Mot. S. 644.

Soweit die Nichtigkeit derartiger Spiele und Wetten reicht, wird der Rückforderung des auf sie hin Geleisteten jedenfalls auf Grund von § 762 nichts im Wege stehen, da dort von solchem Fall gar nicht die Rede ist. Ob sie statthaft sei, bestimmt sich vielmehr nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung, §§ 812ff., namentlich 817; da aber auch der dingliche Übertragungsakt hier in der Regel nichtig sein wird, steht dem Geber insoweit der Eigentumsanspruch offen.

§ 762.

Durch Spiel und durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder einer Wettschuld dem gewinnenden Teile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntnis.

E. I 664³, E. II 704, RV. 748. — Mot. S. 643—8, Prot. II S. 974—804.

Das in der Vorbemerkung Gesagte ist hier nach verschiedenen Richtungen näher auszuführen.

1. Das auf Grund von Spiel oder Wette **Geleistete** kann nicht zurückgefordert werden. Wann eine solche Leistung vorliege, kann unter Umständen zweifelhaft sein; s. Trumpler ZSchr. HR. 50 S. 470ff., auch die zum Teil hier verwertbaren Erörterungen zu § 518 Nr. 3. Der Begriff ist jedenfalls verschieden von dem der Erfüllung; es fehlt an jedem äußeren und inneren Grund, ihn auf den Bereich der Erfüllungsakte im Sinne des § 362 einzuschränken; aus Abs. 2, der im Sinne einer Ausnahme gewisser Fälle übrigens nach Abs. 1 wirksamer Leistungen ausscheidet, läßt sich ein argumentum a contrario entnehmen. So gehören zu den Leistungen auch Leistungen an Erfüllungsstatt, ferner Aufrechnungen gegen die Spiel- und Wettschuld (s. Nr. 4a zu § 390). Leistung ist (vorbehaltlich des Abs. 2) jede Zuwendung von Vermögenswerten auf die Spielschuld hin. Insbesondere ist zu bemerken:

a) Ist **der Betrag** zugunsten des Gewinners **hinterlegt**, so liegt darin jedenfalls dann eine wirkliche Leistung an ihn, wenn die Hinterlegung nicht rücknehmbar ist und er zugleich einen klagbaren, wennschon vielleicht noch bedingten Anspruch auf die Auszahlung gegen die Hinterlegungsstelle erworben hat. Ist die Hinterlegung dagegen noch rücknehmbar, so kann der Hinterlegende durch Ausübung dieses Rechtes dem Hinterlegten den Charakter der Leistung jederzeit nehmen. Auch die nichtrücknehmbare Hinterlegung wird nicht überall als wirksame Leistung anerkannt:

α) Nach Dernburg § 212, I, 3 ist vorherige Hinterlegung des eventuellen Spielverlustes überhaupt unwirksam, weil dadurch eine dem Gesetzeszweck widersprechende Förderung des Spielwesens entstehen würde. Ebenso im Ergebnis Crome § 289 Anm. 29, weil das noch keine Leistung, sondern nur Sicherung sei.

β) Nach Goldmann-Lilienthal S. 806 hat der Gewinner nur dann Ansprüche, wenn der Hinterleger auf das Rücknahmerecht verzichtet hat, nicht auch, wenn die Hinterlegung aus anderen Gründen unwiderruflich geworden ist (§ 376 Nr. 1—2).

Beides scheint mir unannehmbar. Die nichtrücknehmbare Hinterlegung ist Leistung oder wirkt doch nach der kategorischen Bestimmung des § 378 zugunsten des Schuldners wie eine solche. Es würde das nötige Gleichmaß der Behandlung vermissen lassen, wollte man sie nicht auch zuungunsten des Hinterlegenden wie eine wahre Erfüllungshandlung behandeln. Auf den Grund der Nichtrücknehmbarkeit kommt dabei im Sinne der Erfüllungswirkung überall nichts an. Und ferner: Da der Hinterlegende sein Rücknahmerecht verloren hat, könnte er das Hinterlegte nur zurückerlangen durch einen Bereicherungsanspruch gegen den Gewinner auf Zession des Anspruches gegen die Hinterlegungsstelle. Einem solchen Anspruch aber könnte der Gewinner durch Abhebung des hinterlegten Betrages jederzeit entgehen, und das Abgehobene gemäß Abs. 1 Satz 2 selbstverständlich behalten.

Die von Dernburg und Crome erwähnten Ausnahmefälle regeln sich dadurch, daß hier eine nichtrücknehmbare Hinterlegung im Sinne der §§ 372 ff. nur selten in Frage stehen dürfte. Wo sie aber vorliegt, z. B. der Wettbetrag ist für den bestimmten Wettgegner so hinterlegt, daß der Hinterleger nur bei Gewinnen der Wette zurücknehmen dürfe, da sehe ich nicht ein, warum das rechtlich nicht als antizipierende Leistung anerkannt werden solle.

b) War der Gegenstand der Leistung dem Gegner **unter der Bedingung des Gewinnes übereignet**, so ist für die Rückforderung jedenfalls nach deren Eintritt kein Platz. Der Übertragende hat bereits alle erforderlichen Leistungshandlungen vorgenommen. Das wird zwar wiederholt bestritten, so besonders von Dernburg aaO. (s. auch Crome aaO., Mengel S. 65, Planck Nr. 2b, Staudinger III 2b, wie hier Cosack § 156 Nr. II, 2b, Goldmann-Lilienthal S. 806 Anm. 10), aber kaum mit Recht. Daß dadurch das Spiel ungehörig begünstigt werde, kann man doch kaum sagen; die Neigung, schon jetzt den Betrag des etwaigen Spiel- oder Wettverlustes dem Gegner auszuzahlen, wird meist nicht sonderlich groß sein. Die gegenteilige Auffassung würde auch zu praktischen Absonderlichkeiten führen: wird ein Gesellschaftsspiel mit Bareinsätzen gespielt, so müßten sie, weil nicht auf eine bereits bestehende Spielschuld hin vollzogen, der Rückforderung unterliegen, während diese ausgeschlossen ist, wenn mit Spielmarken gespielt war und diese nachher eingelöst sind. Und doch ist die letztere Spielart aus naheliegenden Gründen doch eher die gefährlichere, in ihren Folgen schwerer übersehbare.

Ist die Bedingung noch nicht eingetreten, so kann der Übertragende zwar nicht zu der etwa nötigen Teilnahme zur Herbeiführung der Entscheidung gezwungen werden, und man wird dem Geber einen Rückforderungsanspruch (Vindikation oder condictio ob causam datorum) gewähren müssen, insoweit ohne die verweigerte Beteiligung Spiel oder Wette nicht zum Austrag kommen kann. Meine frühere Annahme, daß in solchen Fällen der Rückforderung die Einrede der Arglist entgegenstehen könne, gebe ich als dem Geiste des Gesetzes widersprechend auf (dagegen auch Goldmann-Lilienthal S. 806 Anm. 11, Mengel S. 68). Ebenso natürlich erst recht, wenn der Empfänger verloren hat. Steht dagegen die von einer Mitwirkung des Gebers unabhängige Entscheidung noch aus, so dürfte inzwischen keine Rückforderung begründet sein. Eine condictio indebiti scheitert am Fehlen des Irrtums, eine condictio ob causam datorum daran, daß der Eintritt des künftigen Erfolges, auf den sie geleistet ist, noch möglich bleibt; eine condictio sine causa daran, daß die causa ludi im Rechtssinn keine ungültige causa darstellt, da andernfalls Abs. 1 Satz 2 unerklärlich wäre.

c) Allerdings setzt das bisher Gesagte voraus, daß die antizipierende Leistung wirklich zwecks Erfüllung der demnächstigen Spielschuld vollzogen ist. Was nur zur Sicherung, als pignus irregulare gegeben ist („Einschuß", „Marge" u. dergl.) kann zurückgefordert werden; insofern stimme ich Crome gegen Cosack bei. Denn eine Sicherung für eine bloß naturale Schuld ist unwirksam, eine Ausnahme für den Sonderfall des pigus irregulare nicht erweislich. Die Befriedigung könnte sich in solchen Fällen nur durch eine unstatthafte Aufrechnung mit der unklagbaren Spielforderung (nicht durch eine statthafte Aufrechnung gegen dieselbe) vollziehen. Aber im Gegensatz zu Crome nehme ich einen derartig beschränkten Zweck der antizipativen Leistung nicht allgemein an, sondern glaube dafür einen besonderen Nachweis verlangen zu müssen.

2. Das Geleistete kann **nur deshalb nicht zurückgefordert werden**, weil keine Verbindlichkeit bestanden habe; gegen andere Rückforderungsgründe ist der Empfänger nicht gefeit. Das ergeben Wortlaut wie Sinn. Der Geber kann also die Leistung zurückfordern wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit, Willensmängeln usw.; insbesondere auch — schon auf Grund von § 817 —, wenn der Gegner ihn beim Spiel betrogen, wenn er „à coup sûr" gewettet hatte (so Landrecht § 580, auch Mot. S. 645—6), wenn er sich irrtümlich für den Verlierer hält.

3. **Absatz 2:** Eine die Rückforderung ausschließende **Leistung** könnte an sich auch in **Eingehen einer neuen Verbindlichkeit** zwecks Erfüllung der klaglosen Spiel- oder Wettschuld gesehen werden (Novation, Versprechen an Erfüllungsstatt, Schuldversprechen und -anerkenntnis, auch Wechsel).

Im Einverständnis mit dem früheren Recht (s. Dernburg, Privatrecht II § 158 No. 17, WO. Art. 82 und die dazu ergangene Judikatur und Literatur, Entsch. d. RG. 5 Nr. 37) erklärt indes Abs. 2 diese Akte gleichfalls für ungeeignet, eine klagbare Verbindlichkeit zu begründen. Das macht keine Schwierigkeiten, wenn das Versprechen einen kausalen Charakter hat, der auf das alte Schuldverhältnis Bezug nimmt; dann ist es im Fall von § 762 schlechthin nichtig. Stellt es aber einen abstrakten Verpflichtungsakt dar, auf den die Mängel der causa nur indirekt — mittelst Bereicherungsanspruch und Einrede — einwirken, so möchte man auch hier eine bloße Entkräftbarkeit für begründet erachten. So in der Tat Collatz in Iherings Jahrb. 40 145, auch wohl die Mot. S. 645. Anders, aber mit bedenklicher Begründung, Kuhlenbeck Nr. 2—3, ferner Fischer-Henle No. 7; vor allem war die Mehrheit der zweiten Kommission ausgesprochenermaßen dieser zweiten Ansicht wollte sie im Gesetz kodifizieren, Prot. S. 801. Ihr ist auch diesseits beizutreten, denn wenn nach Abs. 2 „diese Vorschriften", d. h. also die Nichtentstehung einer (klagbaren) Verbindlichkeit, „insbesondere" gerade auf solche abstrakten Akte Anwendung finden sollen, so scheint mir damit in einer allen Zweifel ausschließenden Weise ausgesprochen, daß der Akt schlechthin klaglos sein soll, nicht nur durch besondere Anfechtungsmittel entkräftbar. Die Möglichkeit einer solchen ausnahmsweisen unmittelbaren Einwirkung der causa auf die Gültigkeit des abstrakten Aktes steht außer Zweifel; es fehlt auch sonst nicht an Beispielen dafür (so bei der traditio donationis causa inter virum et uxorem in Rom!) Prozessualisch muß freilich der aus dem abstrakten Akt Beklagte dessen Ungültigkeit wegen Beziehung zu einer Spielschuld beweisen. — Natürlich darf der Aussteller auch die etwaigen Urkunden kondizieren, schon damit sie nicht an einen gutgläubigen dritten kommen können.

4. Einige Fragen bedürfen hier besonderer Erwähnung:

a) Ungültig ist nach Abs. 2 insbesondere auch der über die Spielschuld ausgestellte Wechsel, RG. ZS. I vom 18. VI. 1902, Bd. 52 Nr. 11 S. 40 und vom 3. X. 1903, DJZ. 03 526, OLG. Hamburg Rspr. IV S. 234.

b) Schwierig erscheint die Frage, wieweit der Mangel des Schuldverhältnisses durch Abrechnung, vertragsmäßige Aufrechnung und besonders durch Kontokorrent geheilt werden könne. Sie ist wichtig vornämlich, wenn auf den unter Berücksichtigung der Differenzschulden (s. § 764) berechneten Kontokorrentsaldo geklagt wird, s. dazu besonders Regelsberger, Iherings Jahrb. 46 27 ff., Trumpler (s. zu § 764) S. 488 ff. Wenn das RG. ZS. I vom 26. I. 1892 in einer landrechtlichen Sache einen derartigen Kontokorrent als völlig unbeachtbar behandelt hat (Gruchot 36 991 ff.), so steht das in Widerspruch mit anderen älteren wie neueren Entscheidungen des Gerichtshofes (s. die Angaben bei Regelsberger aaO. S. 27, JW. 03 Beil. 35) und mit der herrschenden Lehre (s. z. B. Regelsberger und Trumpler aaO., Türcke Nr 3); ist auch in der Tat viel zu weitgehend. Vielmehr muß man sagen:

α) Die **vertragsmäßige Aufrechnung** mit einer Spielschuld ist wirksam. Sie enthält keine Anerkennung jener, sondern Erlaß der Gegenforderung, und es ist nicht einzusehen, warum nicht ein Vollberechtigter sein Recht in Austausch gegen ein unvollkommenes Recht des Gegners soll aufgeben können. Sieht er dieses als vollwertiges Äquivalent an, so hat die Rechtsordnung keinen Anlaß, ihn daran zu hindern. Abs. 2 kommt dagegen nicht in Betracht, da die unklagbare Forderung nicht anerkannt, sondern nur als Äquivalent der zu erlassenden Gegenforderung verwertet wird. So auch wiederholt das RG., so in JW. 32 Beil. 35, weitere Entsch. s. unten.

β) Daraus folgt aber auch die Wirksamkeit des **Kontokorrents**. Er enthält Anerkenntnisse der einzelnen Schuldposten und verwandelt sie novatorisch in eine Gesamtforderung, und diese Anerkenntnisse sind nach Abs. 2 wegen der Spiel- und Wettschulden unwirksam. Aber er enthält zugleich einen Aufrechnungsvertrag, wenn und soweit die Beteiligten aus dem Überschuß der einen Seite den Saldo ziehen. In Ziehung und Anerkennung des Saldos liegt ohne weiteres die Herabminderung der eigenen um den Betrag der in die Berechnung einbezogenen Gegenposten. Soweit die Kontokorrentforderungen unter § 762 fallen, ist damit ihre Befriedigung insoweit erfolgt, als sie zur Ausgleichung von Gegenforderungen gedient haben, und damit eine nach Abs. 1 Satz 2 unanfechtbare Leistung hergestellt. Der etwa verbleibende Überschuß der Spielforderungen freilich erlangt dadurch keine Klagbarkeit, denn hinsichtlich seiner hat die Einbeziehung in den Kontokorrent nicht Aufrechnungs- sondern nur die für sich den Mangel nicht hebende Anerkenntnisbedeutung. Aber daß und wieweit der Saldo sich aus Spielforderungen zusammensetze, muß natürlich der Saldoschuldner beweisen, und das wird er in der Regel nur dann können, wenn seine Debetseite sich ausschließlich oder doch zu einem die gesamte Kreditseite übersteigenden Betrage aus klaglosen Schulden zusammensetzte. Übrigens müßte er den schweren Beweis führen, daß bei den zur Ausgleichung verwendeten Posten des Kontokorrents zunächst gerade seine klagbaren Schulden verwendet sind und die klaglosen in dem lediglich anerkannten und somit unter Abs. 2 fallenden Überschuß stecken.

Das hier Gesagte entspricht den Ergebnissen von Regelsberger S. 27. Es stimmt mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts insoweit überein, als diese sich darauf beschränkt, mit der kontokorrentmäßigen Anerkennung als solcher eine Heilung des Mangels nicht eintreten zu lassen, ZS. I vom 11. I. 1903, Gruchot 47 1049ff. Es weicht von den sonstigen neueren Erkenntnissen (s. ZS. I vom 14. XI. 1903, Bd. 56 Nr. 5 S. 24, vom 28. X. 1903 bei Gruchot 48 117, vom 26. I. 1904, Bd. 59 Nr. 56 S. 193) nur insoweit ab, als das Reichsgericht da, wo der Aktivsaldo teilweise auf Spielforderungen beruht, die Verrechnung anteilsweise auf sämtliche Posten eintreten läßt (Bsp. A ist Kontokorrentschuldner zu 100000, B zu 50000 Mk.; von den in den Kontokorrent einbezogenen Schulden des A sind 60000 Mk. Spielschulden. Die Verrechnung bezieht sich auf alle Posten der 100000 im Verhältnis zu 1 : 2, also auf 30000 Mk. Spielschulden; die anderen 30000 Mk. Spielschulden sind nur anerkannt, also klaglos geblieben). Das RG. folgert diese Behandlung aus § 366 Abs. 2. Doch ist diese nur von der Zahlung handelnde Vorschrift selbst bei der gesetzlichen Aufrechnung nur „entsprechend" und auch das nur mit Einschränkungen (s. § 396) anwendbar — eine Anwendung auf das kompliziertere, aus vertragsmäßiger Aufrechnung und Anerkennung zusammengesetzte Geschäft der Saldierung erscheint somit nicht als angängig. Immerhin verdient die Ansicht des Reichsgerichts — mit der Trumpler S. 489 sowie jetzt im Ergebnis Regelsberger in einem allerneuesten weiteren Aufsatz, Jahrb. f. Dogm. 49 407ff., 413 übereinstimmen — den Vorzug vor der vom hier Gesagten noch weiter entfernten Lehre von Staub (Exkurs zu HGB. § 376 Anm. 15, dagegen RG. 56 S. 24, Trumpler S. 488), wonach das Anerkenntnis eines Kontokorrentsaldos die darin steckenden Spielschulden überhaupt nicht klagbar macht, wegen BGB. § 139. Dagegen spricht zweierlei: einmal sind die — wirksame — Verrechnung und die — unwirksame — Anerkennung überhaupt trotz ihrer wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit rechtlich nicht als Teile desselben Rechtsaktes im Sinne des § 139 zu erachten. Wären sie es aber, so ist zum andern nicht einzusehen, wieso der Spielschuldner, der mit der Heilung des Mangels aller seiner Spielschulden einverstanden war, nicht wenigstens eventuell auch und erst recht mit der bloßen Heilung des durch Gegenforderungen gedeckten Teiles seiner Schulden einverstanden sein solle, zumal diese quantitativ beschränkte Mängelheilung ihn nicht, wie die des Restes, zu weiteren Leistungen an den Gegner verpflichten konnte, ihm also weniger lästig war.

c) **Vergleiche über Spielschulden.** Das RG. Bd. 49 Nr. 46 S. 193ff., ZS. VII vom 2. VII. 1901, unterscheidet mit guten Gründen: war eine nach Ansicht der Parteien klagbare Spielschuld als unstreitig zu Grunde gelegt und nur über andere Punkte (z. B. über die streitige Höhe) der Vergleich geschlossen, so ist er unwirksam, sei es wegen des Irrtums (§ 779), sei es wegen des Spielcharakters. Anders, wenn der Charakter der Schuld als einer Spiel- oder Wettschuld zweifelhaft war. Der alsdann geschlossene Vergleich ist nicht zur Erfüllung einer Spielschuld geschlossen, sondern, er betrifft gerade die Frage, ob ein unklagbares Spiel- oder ein klagbares sonstiges Geschäft vorliegt. Ebenso OLG. Stuttgart, 31. XII. 1900, Rspr. II S. 211, soweit nicht eine „offenbar unhaltbare" Behauptung von der Gültigkeit der als solcher unzweifelhaften Spielschuld vorlag.

d) Nicht aufgenommen ist im Gesetze die, vom Landrecht § 581 vorgesehene, **Ungültigkeit eines zu Spiel- und Wettzwecken aufgenommenen Darlehns.** Es wird daher der Geltung eines solchen grundsätzlich nichts im Wege stehen. Daß indes in solchen Akten leicht ein wucherisches oder sonst unsittliches Geschäft liegen kann, ist nicht zu bezweifeln; so namentlich, wenn das Darlehen, vielleicht gerade vom Gegner an Ort und Stelle, zwecks unmittelbarer Fortsetzung des Spieles aufgenommen wird. Aber dann ergibt sich die Ungültigkeit des Geschäftes aus seiner eigenen inhaltlichen Verwerflichkeit, nicht aus seinem Zusammenhang mit dem Spiel als solchem.

Die grundsätzliche Klagbarkeit des Spieldarlehens entspricht auch der herrschenden Lehre, s. schon Mot. S. 646, Cosack aaO. Nr. 3, Crome § 289 Nr. 3, Endemann § 187 Anm. 10, Mengel S. 74, Staub, Exkurs zu § 376 Anm. 61, Staudinger Nr. VI, 3. Ebenso die Praxis: OLG. Marienwerder 15. IV. 02, Seuffert 57 Nr. 172 S. 313ff. (Rspr. V S. 193), OLG. Hamburg das. 60 Nr. 74 S. 142. Nicht grundsätzlich dagegen OLG. Stettin 12. III. 03, Rspr. VIII S. 83, wo nur die Gültigkeit des Darlehens unter Mitspielern wegen seiner tatsächlichen Gleichwertigkeit mit dem Spielen auf Borg zutreffend (s. oben) verneint wird, ebensowenig OLG. Posen 3. II. 03, Rspr. VI S. 448, das der Darlehensgewährung zu Spielzwecken nur wegen des im entschiedenen Fall darin liegenden Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung versagte. Ähnlich vermittelt auch Dernburg § 212, III: das Spieldarlehen sei als sittenwidrig ungültig, wenn es zur Ermöglichung des Spieles, nicht nur zur Bezahlung der Spielschuld, gegeben sei. Noch weitergehend verwirft Scherer Nr. 10d jedes Darlehen zwecks künftigen Spieles.

Daß das Darlehen zwecks Bezahlung einer bereits vorliegenden Spielschuld überall einwandfrei sei, wird allgemein anerkannt.

e) Auch ein **Auftrag zum** (nicht verbotenen) **Spiel** ist im allgemeinen vollwirksam; denn daß der Auftrag auf eine wirksame Rechtshandlung gehe, wird keineswegs erfordert, s. Vorbem. vor § 662. Ebenso Staub, DJZ. 03 19 und Exkurs zu § 376 Anm. 60, Trumpler S. 471. Anders freilich Cosack aaO. Nr. 3, Kohler, Börsenspiel S. 53, Leske S. 304 Anm. 1, Türcke-Niedenführ Nr. 3, teilweise auch Staudinger VI, 1; besonders das RG. 34 Nr. 64 S. 366, 40 Nr. 71 S. 256, aber für das Landrecht, das auch das Spieldarlehen verwarf, also in der Verwerfung des Spieles weiter ging als das neue Recht. Der weitere Satz des RG. S. 259, daß die Unklagbarkeit des Spieles mit rechtlicher Notwendigkeit auch den Auftrag dazu unverbindlich mache, ist unverständlich. Und wenn das RG. zugibt, daß der Beauftragte auf Herausgabe des im aufgetragenen Spiel gemachten Gewinnes hafte (ebenso Staudinger), so ist die Frage erlaubt, wie das bei Unverbindlichkeit des Auftrages selbst zu rechtfertigen sei.

Das RG. hält seine Ansicht aber auch für das BGB. fest, ZS. I vom 5. IV. 02, Bd. 51 Nr. 35 S. 157ff., vom 26. I. 04, Bd 59 Nr. 56 S. 193. Wer einen andern für sich spielen oder wetten lasse, spiele oder wette auch auf Borg. Die Gegenmeinung würde den Zweck des Gesetzes großenteils vereiteln und einen Umweg für die Begründung einer vom Gesetz nicht gewollten Rechtslage eröffnen.

Das klingt gerade so, wie wenn das Gesetz das Spiel für verwerflich oder mißbilligenswert hielte. Aber auf solchem Standpunkt steht das Gesetz in Wahrheit nicht. Das Spielen ist eine Betätigung der natürlichen Freiheit und sittlich wie sozial an sich indifferent. Nur der Erfüllungszwang aus dem Spiel wird versagt. Mit diesem hat der Spielauftrag selbst dann nichts zu schaffen, wenn er sich auch auf die Auszahlung des etwaigen Spielverlustes bezieht — denn dem Auftraggeber bleibt noch immer die Möglichkeit des Widerrufs, § 671. Ist aber der Gewinn dem dritten Gewinner mit dem Willen des Auftraggebers ausgezahlt, so ist das

vom sozialen Standpunkt aus nicht bedenklicher, wie wenn der Verlierer selbst gezahlt hätte. Den Auftrag für unklagbar erklären, hieße den Beauftragten seines Erstattungsanspruchs berauben — eine sittlich höchst bedenkliche Konsequenz, die Treu und Glauben erschüttern könnte. Auch einen Anspruch auf Ausführung halte ich gegenüber den meisten (so auch Schollmeyer S. 169) mit Staub nicht für ausgeschlossen.

Mit Recht hält demnach OLG. Hamburg im Gegensatz zum RG. an der Rechtswirksamkeit des Spielauftrages fest, Rspr. IV S. 232.

Daß der Auftrag zur Auszahlung einer bereits entstandenen Spielschuld klagbar ist, gibt auch das RG. zu, Bd. 45 Nr. 39 S. 160.

f) Das zu e) Gesagte gilt auch vom **Gesellschaftsvertrag** zu Spielzwecken. Gegen seine Klagbarkeit freilich gleichfalls RG. 40 Nr. 71 S. 259, für Landrecht, während die gemeinrechtliche Entscheidung des JS. VI vom 12. XII. 98, Bd. 43 Nr. 36 S. 150 für die Verbindlichkeit der Spielgesellschaft eintritt.

g) Daß auch der **Dienstvertrag** (entgeltlicher Auftrag) zum Spielen oder Wetten unverbindlich sei — so RG. JS. VII vom 8. VII. 02 bei Gruchot 47 932 — kann nach dem zu e) Gesagten gleichfalls nicht gebilligt werden.

h) Dagegen dürfte ein **Schiedsvertrag** über Spiel- oder Wettverhältnisse allerdings als unverbindlich zu erachten sein, da das Gegenteil indirekt die Klagbarkeit wieder einführen könnte. So mit Recht Türcke-Niedenführ Nr. 5, JW. 01 285.

5. Bei **verbotenen Spielen** gilt das zu Nr. 4 Gesagte natürlich nicht. Darlehen zu solchen werden in der Regel ihrerseits einen rechtswidrigen oder unsittlichen Charakter haben; ebenso Aufträge und Gesellschaften zwecks Vornahme eines verbotenen Spiels. So auch in letzterem Punkte l. 57 D. 17,2, RG. 18 Nr. 49 S. 243. Auf bloß polizeiliche Verbote ist das indes jedenfalls nicht unterschiedslos zu erstrecken.

§ 763.

Ein Lotterievertrag oder ein Ausspielvertrag ist verbindlich, wenn die Lotterie oder die Ausspielung staatlich genehmigt ist. Anderenfalls finden die Vorschriften des § 762 Anwendung.

E. I 665, E. II 705, RV. 749. — Mot. S. 648—9, Prot. II S. 804—6.

Literatur: Fr. Endemann, Beiträge zur Geschichte der Lotterie und zum heutigen Lotterierecht, 1882, Eichhorn DJZ. 04 520ff.

1. a) Ob der Lotterie- oder Ausspielvertrag nur eine Unterart des Spieles, bei der nur der eine Teil — und zwar stets einer Mehrheit von Gegnern gegenüber — ein bedingtes Versprechen oder mehrere solcher abgibt, während der andere eine reale Leistung vornahm, oder ein besonderer Vertrag sei, ist bestritten, s. Windscheid § 420 No. 3. Ersteres ist wohl richtig, jedoch ist die Frage für das BGB. bei der rechtlichen Gleichstellung von Spiel und Lotterie ohne Belang.

Der Unterschied von Lotterie- und Ausspielgeschäft besteht darin, daß der Unternehmer bei jenem dem Gewinner eine Quantität gattungsmäßig bestimmter Sachen, meist Geld, bei diesem einen speziell bestimmten Gegenstand verspricht.

b) Auf diese Geschäfte sollen im allgemeinen die Regeln des § 762 Anwendung finden. Eine Ausnahme besteht indes für die in vielen deutschen Einzelstaaten bestehenden staatlichen oder doch staatlich genehmigten (z. B. die zahllosen Kunstausstellungslotterien) Lotterien; derartige Verträge sind gültig. Wann eine gültige staatliche Genehmigung vorliege, welche Behörden zu ihrer Erteilung zuständig seien, bestimmt das Staatsrecht der Einzelstaaten und kann hier nicht dargestellt werden, s. die Angaben bei Staudinger Nr. 2 und speziell wegen Preußens Endemann § 188 Nr. 24. Jedenfalls erkennt § 763 die Befugnis einer staatlichen Genehmigung an, und erklärt die daraufhin geschlossenen Verträge für gültig. Diese Gültigkeitserklärung kann aber, als in einem Reichsgesetz enthalten, sich nicht nur auf das Gebiet des genehmigenden Landes beschränken, erstreckt sich vielmehr auf das ganze Reich.

c) Damit haben die landesrechtlichen Verbote des Spielens in auswärtigen Lotterien — s. namentlich Preußisches Gesetz vom 29. VII. 1885 — insoweit ihre **zivilrechtliche** Bedeutung verloren; das Spielen in einer außerpreußischen Lotterie, die landesgesetzlich genehmigt ist, erzeugt fortan auch für einen Preußen Rechte und

Pflichten, ebenso das Spielen in einer außerbayerischen für einen Bayern. Die bisherigen gegenteiligen Entscheidungen des RG. Bd. 5 Nr. 33 S. 124 ff. und 18 Nr. 49 S. 242 haben insoweit keine Bedeutung mehr.

So auch die fast allgemeine Meinung, besonders Endemann § 188 Nr. 4b, DJZ. **98** 51, Fischer-Henle Nr. 3, Crome § 290, 1, 2, Eck S. 566, Goldmann-Lilienthal S. 808, Jeß, DJZ. **05** 491, Mengel S. 79, Planck Nr. 2b, Kuhlenbeck Nr. 4, Staudinger Nr. 2b, Thielmann, DJZ. **00** 84, ebenso jetzt auch das RG. ZS. I vom 11. V. 1901, Bd. 48 Nr. 39 S. 177; ZS. IV vom 28. IV. 1902, Gruchot **46** 1184. Anders ohne durchschlagende Gründe Cosack § 157 No. 4, Delius, DJZ. **99** 494, Scherer I S. 247. Cosack behauptet zwar, in § 763 sei nicht einmal angedeutet, „daß ein Einzelstaat Lotterien für ganz Deutschland erlauben könne. „Angedeutet" ist das freilich nicht — aber ihre privatrechtliche Verbindlichkeit mit dürren Worten vorgeschrieben!

Vorausgesetzt ist dabei freilich immer die örtliche Zuständigkeit des genehmigenden Staates gerade für diese Lotterie. Wann sie vorhanden sei, muß wieder das öffentliche Recht bestimmen. Es wird dazu erforderlich sein, daß die Lotterie gerade in dem genehmigenden Staate veranstaltet ist, also namentlich die Ausgabe der Lose und die Ziehung dort stattfindet, s. Endemann § 188 Nr. 4a.

d) Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so fragt sich, ob unter § 763 nur die zwischen dem Unternehmer und dem Spieler geschlossenen Geschäfte fallen, oder auch andere mit der Lotterie nur mittelbar zusammenhängende Verträge, z. B. Kauf oder Verpfändung eines Loses durch einen dritten, Auftrag und Gesellschaftsvertrag zum Lotteriespiel. Dagegen Staudinger Nr. 4, dafür ausführlich und überzeugend Jeß, DJZ. **05** 492. Die Frage hat erhebliche praktische Bedeutung, wenn man in den zu § 762 Nr. 4 behandelten Punkten der strengeren Anschauung folgt; denn mangels Anwendbarkeit des § 763 würde auf die oben genannten Geschäfte § 762 anwendbar erscheinen. Aber auch nach dem zu § 762 von mir eingenommenen Standpunkt: es müßten immerhin die in Frage stehenden Geschäfte, wenn nicht durch § 763 Satz 1 gedeckt, wenigstens insoweit ungültig sein, als sie gegen landesrechtliche Strafbestimmungen verstoßen. Aber mit dieser befremdenden Konsequenz ist die Gegenmeinung bereits gerichtet. Die harmlosen Hilfsgeschäfte als nichtig zu behandeln, obwohl der eigentliche Spielvertrag durch § 763 Satz 1 gedeckt ist, wäre widersinnig; man wird nicht umhin können, zugunsten ihrer Gültigkeit aus Satz 1 ein argumentum a fortiori zu ziehen.

e) Ob durch § 763 zugleich auch die landesgesetzlichen **Strafvorschriften** rücksichtlich solcher Lotterien überhaupt aufgehoben sind (so Endemann aaO.), ist zweifelhaft; Aufl. 1 bejahte die Frage, da ein reichsrechtlich ausdrücklich als klagbar anerkanntes Geschäft doch damit erst recht als erlaubt erklärt, also einer privatrechtlichen Verpönung doch wohl entzogen ist.

Anders aber die meisten, s. Staudinger Nr. 6e und dort zitierte, Dernburg § 214, II, Planck Nr. 2b, Goldmann-Lilienthal S. 808, Thielmann, DJZ. **00** 84 ff. Auch ich gebe meine frühere Meinung auf; aus der Klagbarkeit der unter § 763 fallenden Geschäfte folgt nichts für ihre allgemeine Erlaubtheit, s. § 134 und Bem. dazu; man denke z. B. an Geschäftsabschlüsse, die gegen die Sonntagsruhe verstoßen. Daher hat dann auch sowohl die strafrechtliche Praxis (s. die Angaben bei Endemann No. 26 und Staudinger) an der Strafbarkeit wie auch das Landesrecht an seinen Verboten festgehalten, so Preußen in dem neuen, sie sogar verschärfenden Gesetz vom 29. VIII. 1904. Die ethische Anstößigkeit solcher Strafbestimmungen durch einen selbst Staatslotterien betreibenden Staat berechtigt leider nicht, ihnen positivrechtlich die Gültigkeit abzustreiten.

2. Für andere Lotterien, als die staatlich genehmigten, gilt das Recht des § 762, s. Bem. dazu. So auch für sogen. Skatturniere, die nicht als der Genehmigung nicht bedürftige Gesellschafts-, sondern als Ausspielverträge zu erachten sind (OLG. Dresden Rspr. IX S. 12). — Gewisse Lotterien sind reichs- oder auch landesgesetzlich als solche verboten (s. z. B. RStrGB. § 286); das Spielen in ihnen erzeugt, unbeschadet des zu Nr. 1 Bemerkten, im übrigen auch hinfort keinerlei Verbindlichkeiten; das Geleistete kann kondiziert werden. Auch wird man Kaufgeschäfte, Aufträge und Gesellschaften zwecks Beteiligung an solchen Lotterien in der Regel wenigstens dann für ungültig zu erachten haben, wenn sie nach den Regeln des internationalen Privatrechts dem Rechte des verbietenden Staates unterstehen. Kauft also ein Preuße in Österreich ein derartiges Los, so ist der Vertrag gültig, anders, wenn er es in Preußen ersteht.

Doch wird von manchen schlechthin die zivilrechtliche Gültigkeit derartiger Verträge ungeachtet ihrer Verbotswidrigkeit gelehrt, so von Endemann Aufl. 3—4 § 188 No. 21 (auch wohl noch Aufl. 8 das. Anm. 23) und den dort zitierten, mit beachtenswerten Gründen, namentlich „wegen des rein polizeilichen und zum Teil fiskalischen Charakters der Strafe". Dagegen Cosack aaO.

3. Ist die polizeiliche Genehmigung des sogen. Totalisators eine nach § 763 wirksame staatliche Genehmigung? Dagegen OLG. Hamburg Rspr. IV S. 234. S. jetzt RG. vom 4. VII. 1905.

§ 764.

Wird ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag in der Absicht geschlossen, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teile an den gewinnenden gezahlt werden soll, so ist der Vertrag als Spiel anzusehen. Dies gilt auch dann, wenn nur die Absicht des einen Teiles auf die Zahlung des Unterschieds gerichtet ist, der andere Teil aber diese Absicht kennt oder kennen muß.

Neuerung der RTKomm., Bericht S. 55; Prot. II S. 804.

Literatur: Gareis, Die Klagbarkeit der Differenzgeschäfte, 1882; Wiener, Das Differenzgeschäft vom Standpunkt der jetzigen Rechtsprechung, 1893; Leist, ArchZivPrax. 83 133ff., Bendixen, HoldheimsZ. 4 106ff. (1895), Staub, Exkurs zu § 376 HGB. Anm. 32ff., Trumpler, ZHR. 50 388ff. und dort zitierte, Dissert. von Bretzfeld, Erlangen 1902, s. auch die Übersicht in Neumanns Jahrb. 2 448ff.

1. Der erst von der Reichstagskommission eingeführte § 764 will die von der Rechtsprechung des Reichsgerichts bereits anerkannte Unklagbarkeit des sogen. Differenzgeschäftes gesetzlich festlegen. Er sollte übrigens nach der Entstehungsgeschichte nur einen provisorischen Charakter haben im Hinblick auf die damals gerade beratene und noch nicht vollendete Börsengesetzgebung. Nach Erlaß des Börsengesetzes vom 22. VI. 1896, das in den §§ 66—9 gleichfalls die Differenzgeschäfte behandelt, wäre die Bestimmung eigentlich überflüssig geworden, man hat sie aber trotzdem, anscheinend aus Versehen, stehen gelassen, und es ist daraufhin sogar behauptet worden, daß die §§ 66—9 durch den § 764 als das jüngere Gesetz vom Inkrafttreten des BGB. an wieder aufgehoben oder doch entsprechend modifiziert seien. Diese Anschauung war indes an sich unhaltbar (s. dagegen Oertmann, DJZ. 97 129—32 und ArchÖffR. 13 1ff.) und ist alsbald auch durch EG. zum (neuen) HGB. Art. 14 Nr. V gesetzlich verworfen worden.

Es scheiden somit aus dem Anwendungsbereiche des § 764 alle Differenzgeschäfte aus, die geschlossen sind:

a) auf festbestimmte Lieferungszeit oder -frist;

b) nach Geschäftsbedingungen, die vom Börsenvorstand für den Terminhandel festgesetzt sind;

c) falls für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Festsetzung von Terminpreisen stattfindet.

Das trifft z. B. nicht zu bei Geschäften über solche Papiere, die ohne solche Feststellung lediglich im sogen. „freien Verkehr" auf Termin gehandelt werden.

Somit wird der Anwendungskreis der Bestimmung des § 764 nur ein enger sein (s. auch unten Nr. 2); daß er aber überhaupt „inhaltlos" sei, läßt sich nicht behaupten: es können sehr wohl Geschäfte dieser Art vorkommen, bei denen das eine oder andere jener drei Erfordernisse fehlt.

Allerdings ist nicht gesagt, daß in derartigen Fällen ohne weiteres § 764 anwendbar sei, vielmehr ist zunächst die Anwendbarkeit des § 66 BörsG. in Erwägung zu ziehen, der die darunter fallenden Geschäfte für ganz unwirksam erklärt (Börsentermingeschäfte unter nicht im Börsenregister eingetragenen Personen). Nach der — hier nicht näher darzustellenden — reichsgerichtlichen Judikatur sind, wie Staub Anm. 34 dartut, fast

alle Börsentermingeschäfte danach ungültig, schließen also eine Anwendung des § 764 aus. Staub selbst vertritt freilich eine engere Auslegung des § 66 und kommt dadurch zu einem weiteren Anwendungsgebiet für § 764, Anm. 35. Ebenso Goldmann-Lilienthal S. 810 Anm. 4—5.

2. **Der Begriff des Differenzgeschäftes** im Sinne der Bestimmung ist im Texte genau festgelegt (s. dazu auch RG. bei Seuffert 49 Nr. 249 S. 421, Bd. 50 Nr. 84 bis 85, 163):

a) Es muß die Absicht der Kontrahenten nicht auf wirkliche Lieferung, sondern auf die bloße Zahlung der Differenz gehen. Ausdrücklich erklärt braucht diese Absicht nicht zu sein, es genügt, daß sie aus den Umständen (z. B. den Vermögensverhältnissen der Parteien) erkennbar hervorgeht. Daß nur der eine Teil die Absicht hatte, würde an sich nicht genügen, es sei denn, daß der andere dazu, event. durch Stillschweigen, seine Einwilligung zu verstehen gegeben hatte; aber in Erweiterung dessen bestimmt **Satz 2**, es solle Kennen oder Kennenmüssen einer solchen Absicht des einen Teiles beim andern zur Anwendung des Paragraphen genügen. Insoweit geht § 764 sogar über den eigentlichen Begriff des Differenzgeschäftes hinaus, Goldmann-Lilienthal S. 810 Anm. 1.

b) Zweifelhaft aber könnte es erscheinen, ob übrigens das durch § 764 geregelte Geschäft im Sinne der von Trumpler S. 395ff. gut entwickelten Unterscheidung ein Differenzgeschäft im Rechtssinn sein muß, oder ob dazu ein solches im wirtschaftlichen Sinne genügt (Geschäft in der Absicht, dem Gegner die entstehende Preisdifferenz zu zahlen — in der Absicht, den Unterschied vom Einkaufs- und Verkaufspreis zu gewinnen). Daß § 764 sich auf die zweite, juristisch nichts besonderes bietende Klasse nicht beziehe, dürfte Trumpler S. 395ff., 456ff. schlagend erwiesen haben; der Wortlaut bietet für diese öfters auftretende Anschauung nicht den mindesten Anhalt. Die danach allein unter § 764 fallenden Differenzgeschäfte im Rechtssinn aber kommen, wie Bendixen aaO. unter Beifall von Trumpler dargelegt hat, im Leben regelmäßig nicht vor, da Geschäfte der einschlägigen Art vielmehr durch Abwicklung erledigt zu werden pflegen, Trumpler S. 432ff., 469.

Es ist somit — so schon Aufl. 1 — zur Anwendung des § 764 nicht ausreichend, wenn den Parteien nur als wirtschaftliches Endergebnis die lediglich Differenzzahlung vorgeschwebt hat; ebensowenig an sich der bloße Umstand, daß das Geschäft zu der Vermögenslage eines Teils im Mißverhältnis steht, es müßten denn noch sonstige Indizien für die in § 764 vorausgesetzte Absicht sprechen.

c) § 764 erfordert ferner eine Verschiedenheit von Vertragsschluß- und Lieferungszeit — denn er stellt auf den Unterschied zwischen dem Preise der Vereinbarung und dem der Lieferungszeit ab. Folglich ist die Vorschrift auf Kassageschäfte unanwendbar, so auch Düringer-Hachenburg III S. 202ff., Trumpler S. 455, Cosack, Handelsrecht § 80 Z. 4, Staudinger Nr. 2b, anders freilich Staub, Anm. 35, Lehmann-Ring zu § 376 Nr. 108. Gegen die Anwendbarkeit auch das RG. ZS. I vom 8. X. 1902, Bd. 52 Nr. 67 S. 250 und vom gleichen Datum das. Nr. 68 S. 254; ferner vom 8. III. 1902 bei Gruchot 46 909ff., vom 4. I. 1902, DJZ. **02** 176. Bei Kassageschäften kann der Verlierende niemals die Differenz der Kurse der Vertrags- und der Lieferungszeit, sondern immer nur die derjenigen des Geschäfts und Gegengeschäfts einbüßen. Die Abwicklung der Spekulation erfordert hier stets zwei ernsthafte Geschäfte.

Freilich sind sogenannte Kassageschäfte, wie das RG. aaO. wiederholt hervorhebt, darum nicht unter allen Umständen klagbar. Sie können vielmehr materiell reine Spielverträge darstellen und alsdann zwar nicht nach § 764, wohl aber nach § 762 unklagbar sein (so auch Goldmann-Lilienthal aaO.). Aber das kann doch nur ausnahmsweise zutreffen, und erfordert insbesondere eine wirkliche, erweisliche Spielabsicht beider Teile; einen Nachweis, daß der Geschäftswille in Wahrheit gar nicht auf Abschluß eines ernsthaften Kaufes ging, dieser also nur simuliert war und dahinter als allein ernstlich gemeint ein bloßer Spielvertrag verborgen war.

Dagegen braucht das Geschäft, um unter § 764 zu fallen, kein Fixgeschäft darzustellen, Trumpler S. 393ff., Goldmann-Lilienthal aaO. Ebenso ist es mit § 764 verträglich, daß der „Verkauf" nicht auf einen bestimmten Tag gestellt, sondern die Bestimmung des Zeitpunktes dem Bankier überlassen ist, RG. in JW. **04** 291.

3. **Wirkung:** Das Differenzgeschäft im Sinne des § 764 wird dem Spiel gleichgestellt, es gilt also dafür § 762 und das dazu Bemerkte — danach Entstehung einer natürlichen Verbindlichkeit (ebenso die herrschende Ansicht des Gemeinen Rechts,

f. RG. bei Seuffert 53 Nr. 85 S. 148, Entsch. 39 Nr. 40 S. 164). Wegen des Auftrages und des Gesellschaftsvertrages zum Abschluß von Differenzgeschäften vgl. Nr. 4 zu § 762 (für die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages nach Gemeinem Recht RG. 43 Nr. 36 S. 150 = Seuffert 54 Nr. 199 S. 282). Dagegen das börsenmäßige Termingeschäft (im Sinne von Nr. 1) ist entweder schlechthin gültig oder nichtig, ersteres, wenn die Parteien im Börsenregister eingetragen waren, oder ihre Eintragung nach dem Börsengesetz unnötig war, letzteres im umgekehrten Fall (f. alsdann nur § 66 cit. Abs. 4, wonach Rückforderung des Geleisteten auch hier nicht stattfindet).

Achtzehnter Titel.

Bürgschaft.

Vorbemerkung.

Akzessorietät 3.
Änderungen der Hauptschuld 3c.
Arten der Bürgschaft 2.
constitutum 2.
Interzession 1.
Kreditauftrag 2.
Nachbürge 4a.
Rückbürge 4b.
Schadlosbürge 3 a. E.
Senatus consultum Vellejanum 1.
Verbürgung für mehr 3b.
— für weniger als die Hauptschuld 3d.

Literatur: Hasenbalg, Die Bürgschaft, 1870; Geib, Zur Dogmatik des Römischen Bürgschaftsrechts, 1894. Neuere: Kremer, Die Mitbürgschaft, 1902; Staub zu HGB. § 349; Siber, Rechtszwang S. 234ff.

1. **Interzession**: Die Bürgschaft ist eine Unterart des weiteren Begriffes der **Interzession**, d. h. der Übernahme einer materiell fremden Schuld. Diese kann erfolgen entweder von Anfang an, sodaß der Interzedent die eigentlich einen andern angehende Schuld von vornherein auf sich nimmt („interc. tacita"), oder später für die bereits vorhandene fremde Schuld, und zwar hier wieder anstatt des bisherigen Schuldners („interc. privativa") oder neben ihm („interc. cumulativa"). Der letzte Fall entspricht der Bürgschaft. Sie ist im BGB. allein besonders geregelt, während der weitere Begriff der Interzession als solcher keine Behandlung erfahren hat und auch keine zu erfahren brauchte, da es heute keine sich darauf allgemein beziehenden Sätze mehr gibt. Denn die römische Bestimmung des Senatus consultum Velleianum, wonach den Frauen jedwede Interzession, nur mit vereinzelten Ausnahmen (Dernburg, Pand. II § 84 Nr. 1), untersagt war, ist im BGB. ganz beseitigt, nachdem sie schon in der gemeinrechtlichen Praxis und den neueren Gesetzbüchern stark abgeschwächt, oder, wie in Preußen seit dem Gesetz vom 1. XII. 1869 und in Frankreich, aufgehoben worden war.

2 Von der **Bürgschaft** unterschied die gemeinrechtliche Doktrin nach Römischem Vorbild **drei Arten**: die eigentliche Bürgschaft, fideiussio; das bloße Versprechen der Zahlung einer fremden Schuld, constitutum debiti alieni; endlich die Kreditbürgschaft (-auftrag), mandatum qualificatum. Jedoch herrschte über die innere Berechtigung des Unterschiedes zwischen den beiden ersten Klassen Streit, und manche Juristen, so Dernburg, Pand. II § 77, nicht ganz so weitgehend Windscheid § 476 No. 6—7, leugneten ihn ganz.

In Übereinstimmung mit den neueren Gesetzgebungen hat das BGB. ein besonderes Konstitutum nicht aufgenommen; wo die Parteien die Eigentümlichkeiten herstellen wollen, durch die es sich von der eigentlichen Bürgschaft unterschied, steht ihnen ein besonderer Vertrag in dieser Richtung offen, Mot. S. 658. Es ist aber nicht anzunehmen, daß das Leben zwischen den beiden feinen Nuancen: Verpflichtung, für eine fremde Schuld einzustehen (Bürgschaft, § 765) und Verpflichtung, sie zu zahlen, einen Unterschied machen werde.

Dagegen ist der Gegensatz zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag dem BGB. ebenso geläufig geblieben, wie den bisherigen Rechten; jene wird in den §§ 765—77 behandelt, während § 778 diesem gewidmet ist. Über den Unterschied f. Bem. zu § 778. Allerdings haftet der Mandant für die entstandene Verbindlichkeit als Bürge, aber zunächst

liegt doch nur ein — regelmäßig widerruflicher — Auftrag vor, und ist noch keine Hauptschuld vorhanden, für die er haftete. Andererseits hat er hier Ansprüche auf Vollzug der Kreditgewährung an den dritten.

Mit dem Kreditauftrag verwandt, aber von der Doktrin mit Recht als eigenartige Abrede aufgefaßt, ist der **Garantievertrag.** Über ihn ist schon oben gehandelt, s. Bem. 2d zu § 676.

3. **Verhältnis zur Hauptschuld; akzessorischer Charakter:**

a) Die Bürgschaft kann übernommen werden für alle Verbindlichkeiten, nicht etwa nur für Geldschulden. Nur muß die Verbindlichkeit **gültig** sein, denn die Bürgschaft, wie sie nach dem Vorbild des Römischen Rechts überall ausgebildet ist, hat einen streng akzessorischen Charakter. Das ist auch im BGB. gleich in § 765 durch den Hinweis auf die Verbindlichkeit des dritten angedeutet und weiterhin in den §§ 767—8 für die Einzelgestaltung verwertet. Ist die Hauptschuld ungültig, so kann folgerecht die Bürgschaftsschuld selbst dann **nicht gültig** zustande kommen, wenn der Bürge davon wußte oder die Schuld gerade wegen der ihr anhaftenden Mängel übernahm, so besonders Entw. 1 § 670. Der Frage, ob in einem solchen Verpflichtungsakt ein selbständiges Schuldversprechen liege, wird dadurch natürlich nicht vorgegriffen; sie ist nach den Gesichtspunkten von § 780 zu entscheiden.

Übrigens schließt der akzessorische Charakter der Verbürgung es aus, darin ein abstraktes Versprechen zusehen S. Rümelin, ArchZivPrax. 97 226. Abstrakt ist nur die Übernahme der Bürgschaft, indem ihre Gültigkeit unabhängig ist vom Vorhandensein eines gültigen Kausalverhältnisses zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner, aber nicht der Inhalt der übernommenen Pflicht. Die Verbürgung ist, wie die Schuldübernahme, ein obligatorisches Hilfsgeschäft, Rümelin S. 227, 232, und man wird mit ihm wohl bezweifeln, ob bei solchen von einer andern causa geredet werden dürfe, als nur von der „Sicherung, Erleichterung oder Modifikation der Durchführung einer bestimmten Grundobligation".

b) **Verspricht der Bürge mehr** als die Hauptschuld, so ist sein Versprechen zwar — anders als in Rom bei der fideiussio — nicht schlechthin nichtig, wirkt aber nur bis zum Höchstbetrage jener. Jedoch kann der Bürge für seine Schuld nach allgemeinen Regeln Pfänder bestellen, Vertragsstrafen versprechen usw.

Verspricht der Bürge etwas anders, als wozu der Hauptschuldner verpflichtet ist, so kann die Absicht verschieden sein: entweder soll dieses andere nur „in solutione" sein, der Bürge sich also auch dadurch statt durch die Hauptleistung befreien können. Oder aber es wird für die demnächst etwa zu zahlende Bürgschaftsschuld von vornherein eine Hingabe an Zahlungsstatt vereinbart. S. Mot. S. 661.

c) Nicht nur bei der Entstehung, sondern auch während ihres Bestehens zeigt die Bürgschaftsschuld einen streng akzessorischen Charakter. Daher folgt sie den Veränderungen der Hauptschuld (§ 767) und wird durch die ihr entgegenstehenden Einreden berührt (§ 768).

d) Dagegen kann die Bürgschaftsschuld sehr wohl **schwächer sein als die Hauptschuld,** also z. B. auf weniger gehen; nur auf die Hauptsumme, nicht auf die Zinsen. Ja, sie ist das sogar in der Regel, indem das Gesetz dem Bürgen die, freilich in sehr vielen Fällen ausgeschlossene, Einrede der Vorausklage zubilligt, §§ 771, 75, s. Bem. dazu. Soweit diese Platz greift, ist die Bürgschaftsschuld also nicht nur akzessorisch, sondern daneben subsidiär.

Noch weitere Beschränkungen erleidet die Bürgschaft, wenn sie als **bloße Schadlosbürgschaft** (fideiussio indemnitatis) übernommen ist, s. darüber vorzüglich Geib S. 18 ff., RG. bei Seuffert Bd. 51 Nr. 178 S. 277. Hier haftet der Bürge von vornherein nur für den dem Gläubiger drohenden **Ausfall** bei der Hauptschuld, „das Nichtbekommenkönnen ist also eine vom Gläubiger zu beweisende Klagebedingung", während bei der gewöhnlichen Bürgschaft „die Behauptung der unterlassenen Vorausklage lediglich eine vom Bürgen zu beweisende Einredetatsache ausmacht". Darum muß dabei auch bei etwaigem Konkurse des Hauptschuldners dessen Ausgang abgewartet werden, um den „Ausfall" des Gläubigers festzustellen, während die gewöhnliche Einrede der Vorausklage hier wegfällt.

Das BGB. behandelt die Schadlosbürgschaft nicht besonders, was natürlich der Zulässigkeit derartiger Abreden nicht im Wege steht.

e) Ueber den Fall der Beerbung zwischen Hauptschuldner und Bürgen s. Bem. zu § 767.

4. Vom gewöhnlichen Bürgen sind zu scheiden:
a) der **Nachbürge** (Afterbürge), der sich beim Gläubiger für den Bürgen,
b) der **Rückbürge**, der sich beim Bürgen für dessen demnächstigen Regreßanspruch dem Schuldner gegenüber verbürgt.

Beide sind wegen der von ihnen übernommenen Schuld gewöhnliche Bürgen. Das Gesetz tut auch ihrer nicht besondere Erwähnung.

§ 765.

Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des dritten einzustehen.

Die Bürgschaft kann auch für eine künftige oder eine bedingte Verbindlichkeit übernommen werden.

E. I 668—9, E. II 706, RV. 750. — Mot. S. 657—60, Prot. II S. 460—4.

Es ist im allgemeinen auf die Vorbemerkung zu verweisen. Bemerkt mag noch werden:

1. **Der Bürgschaftsvertrag** vollzieht sich als solcher nur **zwischen dem Gläubiger und Bürgen**; die Mitwirkung des Schuldners ist möglich, aber nicht wesentlich, und selbst sein Widerspruch ist auf die Gültigkeit der Bürgschaft ohne Wirkung, s. Mot. S. 658 ff.

2. Wegen der **Willensmängel** beim Vertrage ist nichts bestimmt, es gelten darüber die allgemeinen Regeln, Mot. S. 670. Dies auch namentlich bei Irrtum über den Umfang der Schuld, s. § 119. War aber die Hauptschuld durch ein späteres Geschäft des Schuldners mit dem Gläubiger erweitert (Zinsversprechen, Anerkenntnis), so kann der Bürge, dem das unbekannt geblieben war und der sich im Bürgschaftsvertrage nicht auch dafür besonders verpflichtet hat, daraus nicht in Anspruch genommen werden. So Erk. bei Seuffert 32 Nr. 234 S. 301 ff.

3. a) **Absatz 2** enthält keinen Widerspruch zum akzessorischen Charakter der Bürgschaft. Denn eine der Hauptschuld beigefügte Bedingung oder Befristung nimmt gemäß §§ 767—8 natürlich auch die Bürgschaftsschuld ohne weiteres auf. Einen Verzicht auf diese Beschränkungen würde der Bürge jedenfalls als solcher gar nicht wirksam aussprechen können.

Erst recht ist natürlich die Verbürgung für eine nur quantitativ unbestimmte Schuld statthaft; nicht aber die für eine nichtige oder doch unklagbare z. B. Spielschuld. Die Ausnahme zugunsten der römischen obligationes naturales ist dem BGB. fremd.

b) Die Bürgschaft für eine künftige Forderung zeigt sich insbesondere in Form der sogen. **Kreditbürgschaft**, die den Zweck hat, dem Schuldner beim Gläubiger (Geldgeber) Kredit zu verschaffen, s. Goldmann-Lilienthal S. 823. Sie kann mit und ohne Zeitbeschränkung übernommen werden. Aber letzterenfalls ist immerhin in der Regel auf Grund des nach Treu und Glauben zu unterstellenden vermutlichen Parteiwillens eine Kündigung nach Ablauf einer angemessenen Zeitdauer für statthaft zu erachten (s. Bem. zu § 776).

Davon abgesehen wird die Kreditbürgschaft häufig nur für die Dauer eines bestimmten Verhältnisses, für die sich daraus ergebenden Verbindlichkeiten, übernommen, z. B. die Dauer der Anstellung des Schuldners in einem bestimmten Betrieb, einer Geschäftsverbindung usw. Vielfach auch auf eine bestimmte Zeit. Das heißt dann nicht, daß mit dem Ablauf die Pflicht erlösche; jene Zeitschranke bedeutet keine Befristung, sondern nur eine Einschränkung des Kreises der Forderungen, für welche die Verbürgung übernommen wird, auf die innerhalb der Frist zur Entstehung kommenden, Goldmann-Lilienthal aaO. Freilich kann die Bedeutung auch eine andere sein: zeitliche Beschränkung der Haftung selbst, aber keineswegs besteht dafür eine Vermutung, OLG. Dresden bei Seuffert 58 Nr. 119 S. 228 (Rspr. VI S. 450).

c) Schwierig ist die Abgrenzung der Bürgschaft für eine künftige Schuld vom Kreditauftrag; Eccius (Gruchot 46 55 ff.) zweifelt ihre Möglichkeit überhaupt an. Das geht m. E. zu weit: beim Kreditauftrag bleibt (s. Bem. zu § 778) dem Mandanten

ein Widerrufsrecht, bei der Bürgschaft dagegen ist die Entstehung der verbürgten Verbindlichkeit vom Willen des Bürgen unabhängig. Darum erfordert auch der Kreditauftrag im Gegensatz zur Bürgschaft keine bestimmte Form. Ein Kreditauftrag unter Widerrufsverzicht wäre als solcher ungültig, nur als eine dem Formzwang nach § 766 unterworfene Verbürgung aufrechtzuerhalten. Dagegen kann die Frage, ob der Kreditgeber durch die Abrede zur Kreditgewährung fest verbunden sein soll, für die Abgrenzung nichts ausmachen. Auch die Kündigungsmacht des Mandatars kann dem Vorhandensein eines Kreditauftrages nichts schaden, anders Lippmann (s. zu § 778, S. 351—3), der die Kündbarkeit und sogar, im strikten Gegensatz zu dem oben ausgeführten, die Widerruflichkeit mit jenem für unvereinbar erachtet. Aber wenn der Kreditgeber auch kündigen kann: solange er es nicht getan hat, ist er zur Ausführung des Kreditauftrages verpflichtet und haftet event. auf Schadenersatz. Nur wenn er überhaupt jede — auch eine durch Kündbarkeit entkräftbare — Pflicht zur Kreditierung ablehnt, kann der Akt nicht mehr als Kreditauftrag erachtet werden, ist dann vielmehr, soweit nicht eigentliche Bürgschaft, **Garantievertrag** (s. oben Nr. 2d zu § 676).

4. In gewissen Fällen wird eine bürgschaftsartige Verpflichtung **unmittelbar vom Gesetze**, ohne daß ein Vertrag vorläge, auferlegt, s. §§ 571 Abs. 2, 1251 Abs. 2.

§ 766.

Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags ist schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt.

Neuerung des Reichs-Komm. Ber. S. 55; Prot. II S. 462—3.

1. Die Bestimmung ist nicht etwa eine Folge aus einem, in Wahrheit nicht vorhandenen, abstrakten Charakter der Bürgschaft (s. Mot. S. 660; Vorbem. 3a), sie stellt vielmehr eine, im Gegensatz zu den Entwürfen erst vom Reichstag auf fast einmütiges Verlangen der Kritik aufgenommene, soziale Schutzvorschrift vor.

Im einzelnen ist dazu zu bemerken:

a) Nicht der ganze Vertrag, sondern nur die Erteilung der Erklärung muß schriftlich sein (wie im Falle von § 761, s. Bem. dazu). Die Annahme durch den Gläubiger kann mündlich, event. auch stillschweigend, durch konkludente Handlungen erfolgen, OLG. Celle bei Seuffert 54 Nr. 79 S. 137.

b) Zweifelhaft ist aber, was im einzelnen in die schriftliche Verbürgungserklärung, die Urkunde, aufgenommen werden müsse.

α) Die genaue Bezeichnung der Hauptschuld und deren Schuldgrund braucht die Urkunde nicht zu enthalten, Crome § 295 Anm. 33, Dernburg § 285, III, Staub Anm. 10, ebensowenig das Wort „Bürge" oder „Bürgschaft". Aber freilich muß aus ihr nicht nur der Betrag der übernommenen Verbindlichkeit, die Person des Ausstellers und auch wohl des Gläubigers (anders in letzterem Punkt OLG. Hamburg bei Seuffert 57 Nr. 148 S. 268), sondern auch der akzessorische Charakter der Verpflichtung zu entnehmen sein.

β) Wohl aber wird man verlangen müssen, daß die Bürgschaftsurkunde wenigstens eventuell durch Hinweis auf eine andere Urkunde genügendes Bestimmungsmaterial dafür bietet, für welche individuelle Schuld die Bürgschaft übernommen sei. So auch die Praxis des RG., s. ZS. VII vom 8. III. 04, Bd. 57 Nr. 59 S. 260 und ZS. VI. vom 27. X. 1904, Bd. 59 Nr. 63 S. 217ff. Die erste Entscheidung verlangt sogar, wenn auch nicht „Angabe der Hauptschuld nach Grund und Betrag", doch deren Bezeichnung in der Urkunde selbst „so, daß ihre Identität sich daraus mit Sicherheit feststellen läßt", während die zweite unter Abänderung des strengeren Erkenntnisses des OLG. Karlsruhe bei Seuffert 59 Nr. 80 S. 144 es für ausreichend erachtet, wenn die Bürgschaftsurkunde lediglich auf den ihr auf demselben Blatt vorangehenden Schuldschein zur Feststellung der verbürgten Hauptschuld verweist. Ebenso OLG. München, „Recht" 1904 S 139 Nr. 267. Es ist möglich, wennschon nicht zweifellos, daß ZS. VII das gleichfalls für genügend erachtet haben würde, jedenfalls erscheint der die Gültigkeit anerkennende freiere Standpunkt unbedenklich. Denn die nötige Beziehung der übernommenen Pflicht zu einer bestimmten Hauptschuld ist doch immer da gegeben, wo die Verpflichtungserklärung das genügende Material zur Bestimmung enthält, welche Schuld die

Hauptschuld sein solle. Das, aber auch sinngemäß nicht mehr als das, muß wegen § 766 schriftlich fixiert werden, was ohne ihn zu einer dann gültigen, mündlichen Verbürgung nötig sein würde. § 766 sagt nur, daß das, was Bürgschaftserklärung ist, schriftlich sein müsse, aber nicht, was eine Bürgschaftserklärung sei; ihre inhaltlichen Erfordernisse bestimmen sich nach allgemeinen Regeln, insbesondere auch nach § 133. So auch OLG. Hamburg bei Seuffert 57 268 cit., das freilich wohl allzuweit geht mit der Anerkennung eines Bürgscheins, aus dem sich als solchem überhaupt keinerlei Material zur Feststellung der Schuld, auf die die Verbürgung sich beziehen sollte, ergab.

Der strengere Standpunkt des Preußischen Obertribunals (s. Dernburg aaO. Anm. β) kann die Auslegung des § 766 nicht beeinflussen.

γ) Auch das dürfte der Gültigkeit der Urkunde nicht schaden, daß zunächst die Unterschrift vollzogen und sodann der Kontext hergestellt oder doch der Name des Gläubigers erst eingefügt wird; so mit Recht RG. ZS. VI vom 18. II. 1904 Bd. 57 Nr. 15 S. 67 ff.

δ) Andererseits müssen auch Nebenabreden, die die Bürgenhaftung gegenüber den gesetzlichen Dispositivnormen erschweren, schriftlich aufgezeichnet werden, RG. Bl. f. RA. 69 S. 403 ff. Anders zu Unrecht Planck Nr. 2.

c) Da die Bürgschaft durch Vertrag zustande kommt, ist die Bürgschaftserklärung empfangsbedürftig. Rechtswirksam ist somit nicht schon die Abfassung eines Schriftstückes der in § 766 geforderten Art, vielmehr muß es, um Rechtswirkungen zu erzeugen, dem Gläubiger erst übergeben werden oder zugehen. So auch RG. ZS. VI, 27. X. 1905, Recht 05 680 Nr. 2822.

d) Die weitere Bestimmung, daß der Mangel durch die Erfüllung geheilt werde, entspricht den ähnlichen Sätzen der §§ 313, 518 Abs. 2. Dabei stehen der Erfüllung die ihr gleich wirkenden Akte (Leistung an Zahlungsstatt, nicht rücknehmbare Hinterlegung, Aufrechnung) offenbar auch in dieser Hinsicht gleich.

2. Unanwendbar ist die Vorschrift auf die kumulative Schuldübernahme, s. Vorbem. 5 vor § 414, und auf die Pfandbestellung für eine fremde Schuld, OLG. Dresden Rspr. V S. 323. Ebenso auf den Kreditauftrag, s. Bem. zu § 778.

3. Wegen der **handelsrechtlichen** Bürgschaft s. HGB. §§ 350—51.

§ 767.

Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Dies gilt insbesondere auch, wenn die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners geändert wird. Durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, wird die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert.

Der Bürge haftet für die dem Gläubiger von dem Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung.

E. I 672, E. II 708, RV. 751. — Mot. S. 663—6, Prot. II S. 466—7.

1. **Allgemeines**: § 767 stellt den Grundsatz auf, daß die entstandene Bürgschaftsschuld weiterhin eine akzessorische Qualität behalten soll, dem jeweiligen Zustande der Hauptschuld in ihren Beschränkungen wie Erweiterungen ohne weiteres folgt. Das entspricht auch den meisten der bisherigen Rechte, so dem Gemeinen Recht, Windscheid § 477 No. 26—27 (hier nur wegen der Verzugszinsen bisweilen bestritten), dem Code Art. 2016, SächsGB. § 1456; teilweise anders freilich die sehr kasuistische Regelung des Landrechtes (I, 19, §§ 258—76), das im Zweifel für die geringere Verbindlichkeit vermutet, Dernburg, Privatrecht II § 241 Nr. 1.

2. **Im einzelnen** gilt nach dem Prinzip des § 767 folgendes:

a) Aus § 767 dürfte sich ergeben, daß der **Erfüllungsort** der Hauptschuld rechtsnotwendig auch Erfüllungsort für die Bürgschaftsschuld ist. So auch Staub bei Gruchot 45 220, Exkurs zu HGB. § 372 Anm. 9. Anders freilich die meisten, besonders Türk bei Gruchot 44 837 ff., 46 49 ff., Dernburg § 51, II, Lehmann-

Ring zu HGB. § 349 Nr. 7, Stammler, Richtiges Recht S. 350. Aber der Erfüllungsort ist Bestandteil der Leistung, ist zu ihrer Individualisierung unerläßlich und für ihre wirtschaftliche Bedeutung vielfach geradezu entscheidend. Türks einengende Auslegung des Wortes „Bestand" ist nicht beifallswert. Ginge es nur auf den Schuldgegenstand im engeren Sinn, so enthielte § 767 nichts für die Erfüllungszeit des Bürgen, diese müßte sich also nicht minder nach allgemeinen Regeln bestimmen, wie nach Türk der Erfüllungsort: Der Bürge hätte also selbst bei betagter Hauptschuld gemäß § 270 im Zweifel sofort zu leisten — eine widersinnige Konsequenz. Umfaßt der „Bestand" aber die Erfüllungszeit, warum denn nicht auch den -ort? Auch Stammlers Berufung auf Treu und Glauben versagt dagegen, nicht minder Türks Hinweis auf die Entstehungsgeschichte, die gegenüber dem unzweideutigen Gesetzestexte zurückzutreten hat. Und wenn Dernburg wenigstens bei einem besonderen vertragsmäßigen Erfüllungsort in unserem Sinne entscheidet, so gibt er damit im Grunde seine Lehre auf. Denn es ist nicht einzusehen, warum dieser mehr als der gesetzliche zum Schuldbestande gehören solle (dagegen auch Türk).

Einer abweichenden Abrede über den Erfüllungsort dürfte freilich wohl nichts im Wege stehen.

b) Wird die Hauptschuld modifiziert, ganz oder teilweise **aufgehoben**, so kommt das auch dem Bürgen zugute. Das gilt namentlich von der Zahlung, mag sie vom Schuldner oder einem dritten ausgehen (Prot. S. 461), Hingabe an Zahlungsstatt, der nicht rücknehmbaren Hinterlegung und der vollzogenen Aufrechnung — wegen der bloßen Aufrechnungsbefugnis s. § 770 Abs. 2 —, ferner auch von der den Schuldner befreienden Unmöglichkeit der Leistung (§ 275). Hat freilich der Bürge selbst durch einen von ihm zu vertretenden Umstand die Hauptleistung unmöglich gemacht, so darf er sich auf die damit eingetretene Befreiung des Schuldners nicht berufen; das verstieße gegen Treu und Glauben (§ 242) und würde vom Gläubiger mit einer replicatio doli zurückgewiesen werden können. Auch die Analogie von § 162 Abs. 2 spricht für diese Auffassung, ebenso der Vorgang des Römischen Rechts, l. 95 § 1 D. 46, 3. A. A. früher Schollmeyer S. 88, der den Gläubiger zu Unrecht auf die Deliktsansprüche beschränken wollte, ebenso Kisch, Unmöglichkeit S. 43 Anm. 14, wie hier Dernburg § 290, I, Kipp-Windscheid § 477 Nr. 6, Planck zu § 765 Nr. 4b, Matthiaß S. 648, Titze, Bespr. von Kisch S. 363, jetzt auch Schollmeyer Aufl. 2 S. 178 unter zutreffender Berufung auf § 765, den der Bürge durch ein derartiges Benehmen verletze.

Die Frage ist praktisch wichtig, weil der hier angenommene vertragsmäßige Ersatzanspruch nicht der besonderen kurzen Verjährung der Deliktsansprüche ausgesetzt ist, für ihn auch die vom Bürgen bestellten Pfänder sowie etwaige Afterbürgen haften.

Natürlich muß der Bürge den Eintritt der den Hauptschuldner und folgerecht ihn selbst befreienden Umstände beweisen, also namentlich auch, daß jener die Unmöglichkeit der Leistung nicht zu vertreten hatte (§ 282). So besonders Entw. I § 668 Abs. 2; im Gesetze ist es als selbstverständlich weggelassen.

c) **Hat der Hauptschuldner den Bürgen beerbt** oder umgekehrt, so ist eine der beiden Verpflichtungen untergegangen, da niemand sein eigener Bürge sein kann, und zwar normalerweise die Bürgschaftsschuld als schwächere, akzessorische. Dies freilich nicht wegen logischer Unmöglichkeit, sondern nur wegen des fehlenden Interesses des Gläubigers an einer zweimaligen Haftung derselben Person. Soweit er ausnahmsweise am Fortbestande der Bürgschaft noch interessiert ist, müssen ihm folgerecht die Vorteile aus derselben noch zustehen, da er durch die Vereinigung der beiden bisherigen Schuldner unmöglich in seiner Rechtslage verschlechtert werden darf. Das ist denn auch im Römischen Recht besonders ausgesprochen, s. l. 21 § 2 D. 46, 3, l. 3 pr. D. 42,6, ebenso SächsGB. § 1465. Daß es auch dem BGB. entspreche, ist um so mehr anzunehmen, als es im Entw. I § 678 ausdrücklich vorgeschrieben war, und diese Bestimmung in der zweiten Lesung nur, weil selbstverständlich, gestrichen worden ist. So auch P. Kretschmar, Theorie der Konfusion S. 224.

Das hat Bedeutung vor allem für die Fälle, wo der Bürge, nicht aber auch der Hauptschuldner, ein Pfandrecht bestellt, eine Vertragsstrafe versprochen hatte, ferner auch, wenn und soweit die Bürgschaftsforderung durch das Recht der Erbschaftsgläubiger auf Einrichtung einer Nachlaßverwaltung (§ 1981) besonders gesichert war.

d) Umgekehrt haftet der Bürge aber auch für die **Erweiterungen der Hauptschuld**, namentlich die auf Grund von Abs. 1 Satz 2 eintretenden. Er muß also aufkommen

für Verzugs- und Prozeßzinsen sowie für sonstige Verzugsfolgen. Auch für die Ersatzpflicht des Schuldners, der die ihm obliegende Leistung in vertretbarer Weise unmöglich machte, haftet neben ihm der Bürge, Abs. 1 Satz 2, natürlich vorbehaltlich abweichender Abrede im Verbürgungsvertrage. Aber auch letzterenfalls bleibt der Bürge, wie der Hauptschuldner, in den Fällen der §§ 324, 615, 649 auf die übernommene Leistung verpflichtet, weil dabei keine — durch Vertrag wegbedungene — Ersatzpflichten in Frage stehen, **Kisch**, **Unmöglichkeit** S. 83.

Wird infolge Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners die Hauptschuld vorzeitig fällig, so wirkt das wohl nicht zuungunsten des Bürgen, RG. 3 356, Dernburg § 386 Anm. 3. Der Wortlaut des Abs. 1 Satz 2 paßt nicht darauf, und die inneren Gründe des § 65 Abs. 1 KO., greifen dem Bürgen gegenüber in keiner Weise durch.

Ob der Bürge auch für die dem Hauptschuldner obliegenden **Vertragszinsen** hafte, ist nicht allgemein zu entscheiden. Es kommt, wie im bisherigen Rechte, darauf an, ob er im Vertrage nur das Einstehen für die ursprüngliche Summe oder für die Schuld als eine verzinsliche übernommen hat. Letzteres wird unterstellt werden können, wenn er die Verzinslichkeit der Schuld beim Verbürgungsakte nachweislich gekannt und deswegen keinen Vorbehalt gemacht hat, s. ROHG. Bd. 10 Nr. 7 S. 52, Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 168. — Dasselbe gilt von den vom Hauptschuldner versprochenen **Vertragsstrafen**. S. auch Windscheid § 477 No. 28, Fischer-Henle No. 1.

e) **Nachträgliche Rechtsgeschäfte** des Hauptschuldners (oder seines Vertreters) sollen nach Satz 3 die Stellung des Bürgen nicht verschlechtern; dahin gehören derartige Zins- und Strafversprechen, Verzichte des Schuldners auf ihm zustehende Einreden (so besonders § 768 Abs. 2), Vergleiche desselben mit dem Gläubiger unter Versprechen einer Abfindungsleistung, so auch RG. Bd. 56 Nr. 27 S. 110. Bringt freilich der spätere Rechtsakt des Hauptschuldners dem Bürgen keine weitere Erschwerung, so kann dieser seine Wirksamkeit sich gegenüber nicht wegen Abs. 1 Satz 3 ablehnen, RG. 59 229.

Dagegen steht es dem Bürgen frei, sich auf die durch derlei Rechtsakte eingetretene **Minderung der Hauptverbindlichkeit** zu berufen; das folgt aus Satz 1 und aus § 768 Abs. 1, s. auch l. 68 § 2 D. 46, 1, dafür auch RG. JS. VI vom 10. XI. 1904, Bd. 59 Nr. 65 S. 228ff., s. auch Bd. 56 Nr. 77 S. 310. Tut er das freilich, so muß er sie auch zu seinen Ungunsten gegen sich gelten lassen, also z. B. die vergleichsweise Abfindung mit übernehmen. In der Berufung auf das Rechtsgeschäft ist ohne weiteres eine Genehmigung desselben als eines auch gegen ihn wirkenden zu erblicken; eine gegenteilige innere Absicht wäre eine unwirksame Mentalreservation. S. Oertmann, Vergleich S. 153.

Zu beachten ist dabei, daß unter Satz 3 auch solche Geschäfte fallen, die an sich nur zugunsten des Hauptschuldners geschlossen sind, falls sie im Ergebnis zum Nachteil des Bürgen ausschlagen würden: wenn der Gläubiger jenem Stundung gewährt, so könnte der Bürge bei einer innerhalb der gewährten Frist eintretenden Insolvenz des Schuldners um seine Einrede der Vorausklage kommen. Auch das dürfte durch Satz 3 ausgeschlossen sein; der Bürge behält danach die Einrede, auch wenn sie an sich nach § 773 weggefallen wäre. Anders anscheinend Crome § 298 Anm. 18. Aber sein Argument, die Stundung könne rechtlich die Haftung des Bürgen nicht erweitern, trifft nicht unbedingt zu, indem sie doch die Gefahr vergrößert, daß der Bürge die Einrede aus § 773 verlierte. Insofern muß sie dem Bürgen gegenüber für unwirksam erklärt werden.

f) Besonderes gilt nach **Absatz 2**: für die hier genannten **Kosten** haftet der Bürge schlechthin, ohne daß Verzug oder Verschulden des Hauptschuldners vorzuliegen braucht. So auch SächsGB. § 1456, für das GemR. Seuffert 46 Nr. 188 S. 293.

g) Wirkung der **Prozeßführung** des Hauptschuldners, insbesondere des gegen ihn ergangenen **rechtskräftigen Urteils**, gegen den Bürgen? Die Frage wird verneint vom RG. 56 Nr. 27 S. 109ff. (s. auch Pagenstecher, Rechtskraft S. 408), mit m. E. bedenklicher Begründung, aber rechtspolitisch zutreffendem Ergebnis. Denn es würde allerdings gegen das in Abs. 1 Satz 3 aufgestellte Prinzip verstoßen, wenn der Hauptschuldner die ihm materiellrechtlich nicht zustehende geschäftliche Einwirkung auf die Rechtsstellung des Bürgen mit Hilfe des Prozesses doch vollziehen könnte.

3. Die Sätze des § 767 sind **dispositiv** zugunsten, aber nicht zuungunsten des Bürgen, s. Vorbem., Mot. S. 672.

4. Nach KO. § 193 wirkt der **Zwangsvergleich** im Konkurse des Hauptschuldners ausnahmsweise nicht zugunsten des Bürgen.

5. Die **Pflichten des Bürgen gegenüber** dem Hauptschuldner werden vom Gesetze nicht besonders behandelt und sind einheitlicher Behandlung überhaupt nicht fähig; entscheidend ist das jeweilige Kausalverhältnis (Auftrag, Geschäftsführung usw.). Als allgemeine Pflicht des Bürgen kann man nur mit Kremer S. 149—50 die aufstellen, daß er den Hauptschuldner von der Inanspruchnahme der Gläubiger, insbesondere der geschehenen Zahlung an ihn, unverzüglich zu benachrichtigen habe, zwecks Vermeidung von Doppelzahlung. Die Verletzung dieser Pflicht verschafft dem Schuldner gegen den Regreßanspruch des Bürgen eine Einrede, gegebenenfalls auch wohl einen Ersatzanspruch, s. auch Nr. 4 zu § 774.

§ 768.

Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Stirbt der Hauptschuldner, so kann sich der Bürge nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet.

Der Bürge verliert eine Einrede nicht dadurch, daß der Hauptschuldner auf sie verzichtet.

E. I 671—72 (teilw.), E. II 707, RV. 752. — Mot. S. 661—62, Prot. II S. 464 bis 465, 466, D. S. 137.

Literatur: Rappaport, Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis 1904, S. 36 ff.; Stammler, Einrede aus dem Rechte eines dritten, 1900, S. 33 ff.

1. **Allgemeines**: Daß der Bürge sich auf die das Recht des Gläubigers gegen den Hauptschuldner hindernden und vernichtenden Tatsachen berufen kann, folgt schon aus den §§ 765 und 767; darüber hinaus gestattet ihm aber § 768 die Berufung auf alle dem Hauptschuldner zustehenden **„Einreden"** im engeren, materiellen Sinn, wie die der Verjährung, Stundung, ungerechtfertigten Bereicherung (§ 821), die exceptio doli.

Den **Rechtsgrund** dieser Einwirkung findet Rappaport S. 63 darin, daß der Bestand der Hauptschuld Voraussetzung für den der Bürgschaftsschuld sei. Aber dann wäre § 768 neben § 767 überflüssig gewesen. Die einredebehaftete Schuld ist im Sinne des BGB. nicht einfach eine Nichtschuld. Aber andererseits ist sie eine entkräftbare Schuld, und das rechtfertigt es, sie auch bei dem doch nur akzessorisch haftenden Bürgen als entsprechend entkräftbare anzuerkennen. Besser führt somit Stammler die Einrede des § 768 auf die nur abgeleitete, unselbständige Natur der Bürgschaftsschuld zurück.

Was Einreden seien und welche Fälle dahin gehören, kann hier nicht ex professo entwickelt werden. Zweifelhaft ist, ob die Anfechtbarkeit eine Einrede begründe und, wenn ja, wieweit sie unter § 768 falle, s. unten Nr. 4 und Bem. zu § 770. Wegen anderer Zweifelsfälle vgl. unten Nr. 2.

Wegen der Verjährung ist noch zu bemerken, daß ihre Unterbrechung gegenüber dem Hauptschuldner nicht gegen den Bürgen, die Unterbrechung gegenüber dem Bürgen nicht gegen den Hauptschuldner wirkt, § 425 Abs. 2, der auf unseren Fall, wo doch auch ein der Solidarität immerhin ähnliches Verhältnis vorliegt, analog anwendbar sein dürfte; so auch Fischer-Henle No. 1. Ist indes die nicht unterbrochene Verjährung gegen den Hauptschuldner vollendet, so kommt das nach § 768 doch dem Bürgen zu gute, wenn auch die Verjährung seiner Bürgschaftsschuld als solcher unterbrochen war. Die Akzessorietät derselben bringt es mit sich, daß sie von beiden Verjährungsmöglichkeiten betroffen wird.

2. **Ausnahmen und Zweifelsfälle:**

a) Das Römische Recht versagte dem Bürgen ausnahmsweise die dem Hauptschuldner nur persönlich zustehenden Einreden, l. 7 pr. D. 44,1, Windscheid § 477 No. 15. Das BGB. hat solche Einreden nicht besonders ausgenommen, doch sind Fälle derart nicht unmöglich, und die KO. § 193 stellt einen solchen sogar gesetzlich auf: die Einrede des Zwangsvergleiches, s. auch Mot. S. 662. Auch im übrigen können sie vorkommen, so Dernburg § 287 Anm. 5 gegen Planck Anm. 1a. Beispiel: pactum de non petendo in personam — der Gläubiger verspricht dem Schuldner,

ihn während einer Reise, einer Krankheit, einer militärischen Dienstleistung persönlich nicht in Anspruch zu nehmen. Natürlich kann dadurch dem Bürgen die ihm etwa nach § 771 zustehende Einrede der Vorausklage nicht entzogen werden, insofern — aber nur insofern — ist das pactum ihm gegenüber inhaltlos. Wird ferner dadurch sogar die Fälligkeit hinausgeschoben, so wirkt das nach der insoweit zutreffenden Ausführung des RG. ZS. VI vom 14. I. 1904, Bd. 56 Nr. 77 S. 312, mit Rechtsnotwendigkeit auch gegenüber dem Bürgen, nach § 767. Aber es ist zu bestreiten, daß jedes Stundungsversprechen ipso iure die Fälligkeit hinausschiebe.

b) Außerdem ist in § 678 Satz 2 selbst eine anscheinende Ausnahme anerkannt, wonach sich der Bürge auf die dem Erben des Hauptschuldners nach den Regeln des Erbrechtes (§§ 1973, 1975 ff., 1993 ff.) zustehende beschränkte Haftung nicht soll berufen können. Sie ist aber nur anscheinend, da in solchen Fällen die Verschmelzung von Nachlaß und Erbenvermögen eben noch nicht durchgeführt oder wieder aufgehoben, und als Hauptschuldner weniger der Erbe, als die in gewissem Sinne noch selbständige Erbschaft anzusehen ist.

c) Andere Fälle sind in ihrer Behandlung zweifelhaft und strittig:

α) Die **Einrede der Wandelung** kann dem Bürgen wohl nicht oder doch nicht im vollen Umfang zugebilligt werden, obwohl der Wortlaut des § 768 auch sie umfassen würde. S. darüber Bem. 6 zu § 478. Ob das dort Gesagte entsprechend auch für die Einrede der **Minderung** angenommen werden könne, ist zweifelhaft (gegen die Minderungseinrede des Bürgen Planck zu § 770 Z. 1, dafür Crome S. 878, Dernburg § 288, IV). M. E. läßt ihre Zuständigkeit für den Bürgen sich wohl dadurch rechtfertigen, daß sie gegenüber der Wandelungseinrede das minus darstellt, der Bürge sie daher mindestens, unvorgreiflich der Entscheidung des Hauptschuldners zwischen den beiden ädilizischen Rechtsmitteln, zur entsprechenden Herabminderung seiner Leistung verwerten könne. Möglicherweise ließe sich sogar die Wandelungseinrede für den Bürgen dadurch retten, daß man dem Hauptschuldner gemäß Abs. 2 das Recht abspricht, mit Wirksamkeit dem Bürgen gegenüber durch Wahl der minder weitgehenden Minderungs- auf die weitergehende Wandelungseinrede zu verzichten. Doch ist die Anwendbarkeit des Verzichtsbegriffes auf den Wahlakt des Käufers einigermaßen problematisch, und die allgemeine Meinung spricht dem Bürgen die Wandelungseinrede unbedingt ab (so Dernburg und Planck aaO., Crome S. 878, anders Staudinger zu § 770 Nr. 3).

β) **Die Einrede des nichterfüllten Vertrages.** Keinenfalls kann der Bürge mit ihr die Gegenleistung an sich selbst fordern. Dagegen soll nach Hölder, ArchZivPrax. 93 121 der Bürge ipso iure nicht belangt werden können, soweit jene dem Hauptschuldner zusteht. Aber diese weitergehende Abschwächung der Bürgenhaftung gegenüber der Schuldnerhaftung hat keinen Anhalt im Gesetz; § 767 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 322 spricht dagegen. M. E. hat auch in dem hier unterstellten Fall der Bürge nur eine Einrede, durch deren Geltendmachung er bewirkt, daß er nur Zug um Zug gegen die an den Hauptschuldner zu machende Gegenleistung verurteilt wird, wie das ja auch bei der Zession von Ansprüchen aus einem gegenseitigen Vertrage in entsprechender Weise vorkommt (s. Bem. 2 zu § 399).

γ) Kann der Bürge sich auf das Ermäßigungsrecht einer Vertragsstrafe nach § 343 berufen? Eine wahre Einrede liegt darin nicht, erst der Richter setzt den bis dahin voll vorhandenen Strafanspruch herab. Trotzdem dürfte der Zweck des Gesetzes eine entsprechende Anwendbarkeit des § 768 wohl rechtfertigen, so auch Nußbaum, SächsArch. 10 H. 6, SA. S. 17.

3. **Verzicht des Bürgen auf die Einrede:** Schon das Römische Recht (s. Baron, Pandekten § 259 Nr. 4), ebenso das SächsGB. § 1459 berücksichtigten den Fall, daß der Bürge durch sein Versprechen den Gläubiger gerade gegen die dem Schuldner zustehende Einrede sichern wollte. Das BGB. behandelt ihn nicht; man muß vielmehr sagen, daß hier und sonst dem Bürgen ein Verzicht auf die Einreden an sich nicht verschränkt ist, daß aber dadurch angesichts der festgehaltenen Akzessorietät insoweit keine wahre Bürgschaftspflicht entsteht. Das Versprechen kann seinen Gültigkeitsgrund daher nur aus seinem anderweiten Inhalt entnehmen, s. Vorbem. Nr. 3, Mot. S. 662.

Das gilt insbesondere bei einer „Verbürgung" für einen, dem Bürgen als solcher bekannten, geschäftsunfähigen Hauptschuldner.

4. a) Durch einen **Verzicht** auf die einmal begründete Einrede kann der Hauptschuldner dem Bürgen das Recht, dieselbe zu verwenden, nicht mehr nehmen, Abs. 2.

Eine Ausnahme soll gelten für die Anfechtbarkeit, sofern man annimmt, daß diese vor Ausübung des Anfechtungsrechts auch eine Einrede begründet. Da § 770 dem Bürgen die Berufung auf die Anfechtbarkeit nur solange gestattet, als diese dem Hauptschuldner zusteht, meint man, daß dessen Verzicht darauf dem Bürgen schade. So meine Aufl. 1, Nr. 1 Abs. 1 a. E., Planck zu § 770 Nr. 1. Dagegen Hellwig, Anspruch S. 18, unter Berufung auf § 2018, wo als Folge der Anfechtbarkeit auch eine durch Ablauf der Anfechtungsfrist nicht berührte Einrede gewährt wird. Aber das läßt sich mindestens ebensogut als Ausnahme auffassen; als bloßer Ausfluß allgemeiner Grundsätze wäre es schwerlich besonders ausgesprochen. Gegen Hellwig auch Langheineken, Anspruch S. 319 ff. Übrigens ist mindestens problematisch, ob es neben dem Kannrecht der Anfechtung eine besondere Einrede der Anfechtbarkeit gebe.

b) Ebensowenig können den Bürgen sonstige Rechtsgeschäfte des Hauptschuldners berühren, die zwar keinen Verzicht, aber eine sonstige Disposition über die Einrede enthalten, z. B. Vergleiche, s. Bem. 2e zu § 767.

c) Dagegen wird sich der Bürge auf Abs. 2 dann nicht berufen können, wenn dem Hauptschuldner die Einrede aus sonstigen Gründen, nicht durch geschäftliche Dispositionen des Hauptschuldners, entzogen ist, mag auch der Grund, weshalb das Gesetz diesem die Einrede entzieht, mit seinem persönlichen Verhalten zusammenhängen, z. B. Versäumnis einer Ausschlußfrist; vorbehaltlose Annahme der Gegenleistung im Falle des § 341 Abs. 3, die dem Hauptschuldner das Recht auf die Vertragsstrafe (und die dadurch begründete Einrede des Zurückbehaltungsrechtes) entzieht, so auch für letzteren Fall RG. ZS. VI vom 26. I. 1903, Bd. 53 Nr. 89 S. 358, da der Verlust des Rechtes nach § 341 Abs. 3 cit. von Rechts wegen eintrete, unabhängig von einem so oder so beschaffenen Willen des Berechtigten.

5. Wenn der Bürge auch die Einreden des Hauptschuldners gebrauchen darf, so steht ihm darum doch nicht das Recht zu, selbständig über die Schuld zu verfügen, etwa durch Ausübung des Wahlrechtes bei Wahlschulden, Vollziehung eines Rücktrittes, einer Wandelung oder Minderung; wegen Anfechtung und Aufrechnung s. § 770.

6. Ob der Bürge ein gewöhnlicher oder selbstschuldnerischer ist (§ 773 Nr. 1), macht im Sinne des § 768 keinen Unterschied; es fällt damit nur die Subsidiarität, nicht aber auch die Akzessorietät seiner Verpflichtung weg, so auch RG. 43 Nr. 33 hinsichtlich der Einrede der Verjährung.

7. Daß der Bürge daneben auch alle **seiner eigenen Verpflichtung entgegenstehenden Einreden** geltend machen kann, ist selbstverständlich; er kann auch seine Verpflichtung anfechten, gegen sie mit einer Gegenforderung aufrechnen, nach allgemeinen Grundsätzen.

8. Der **Nachbürge** hat die Einreden sowohl wegen seiner eigenen Verpflichtung (Nr. 7), wie wegen der des Hauptschuldners und des ersten Bürgen.

9. **Pflicht des Bürgen zur Geltendmachung von Einreden?** Sie bestimmt sich nach dem besonderen Kausalverhältnis zwischen ihm und dem Hauptschuldner. Ist z. B. die Bürgschaft in dessen Auftrage übernommen, so darf der Bürge nicht etwa aus Bequemlichkeit ohne Rücksicht auf die Interessen und Einreden des Hauptschuldners die Auszahlung der Schuldsumme vollziehen; vielmehr bestimmt sein Regreßverhältnis sich nach § 670, wonach er nur solche Aufwendungen in Rechnung stellen kann, die er für notwendig halten durfte. Die Auszahlung einer ihm als solche bekannten einredebehafteten Schuld aber durfte er eben nicht als notwendig erachten. So auch RG. ZS. VI vom 17. X. 04, Bd. 59 Nr. 61 S. 207 ff.

§ 769.

Verbürgen sich mehrere für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen.

E. I 673, E. II 709, RV. 753. — Mot. S. 666—7, Prot. II S. 467—8.

Literatur: Kremer, Mitbürgschaft, 1900.

1. **Allgemeines**: Das Römische Recht gewährte den mehreren Bürgen das beneficium divisionis, Windscheid § 479 Nr. 2, vermöge dessen ein jeder verlangen konnte, daß die Verpflichtungssumme auf alle zahlungsfähigen Mitbürgen anteilsmäßig verteilt wurde. Dagegen ließen die neueren Rechte mehrere Bürgen

meist solidarisch haften, so das Landrecht §§ 373ff., das SächsGB. § 1458 und, in seltener Abweichung vom Code Art. 2026, das Badische Landrecht § 2027a, endlich auch das HGB. Art. 281. Ihnen folgt das BGB.

Die Bürgen haften danach **als Gesamtschuldner**, und zwar nicht nur bei gemeinschaftlichem Verpflichtungsakt — in diesem Fall würden sie schon nach § 427 im Zweifel so haften — sondern allgemein; die Regel des § 420 ist auf Mitbürgen überhaupt unanwendbar.

2. Daß die Bestimmung nur **dispositiv** ist, bedarf kaum der Hervorhebung. So auch Mot. S. 667.

3. Über den **Rückgriff** des zahlenden Bürgen gegen die Mitbürgen enthält § 769 keine Bestimmung; die Frage beantwortet sich nach den allgemeinen Sätzen des Gesamtschuldverhältnisses, s. § 426 und Bem. dazu.

Zu beachten ist noch, daß das Ausscheiden eines Mitbürgen aus seiner Verpflichtung gegen den Gläubiger infolge eines persönlich wirkenden Grundes (z. B. Erlaß, privative Schuldübernahme) das Ausgleichungsverhältnis nicht berührt, Kremer S. 175.

Der Rückgriff vollzieht sich auch unter den Mitbürgen im Zweifel nach Kopfteilen, wie bei Gesamtschuldnern, s. § 774 Abs. 2 und Bem. dazu, Kremer S. 188ff.

§ 770.

Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten.

Die gleiche Befugnis hat der Bürge, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann.

E. II 710, RV. 754. — Prot. II S. 465—6, 479—1, D. S. 137.

1. **Allgemeines:** Da die Anfechtung eines Schuldverhältnisses (§ 143) und die Aufrechnung dagegen (§ 388) im Sinne des BGB. eine Disposition darüber enthalten, so könnte der Bürge nach dem Prinzip des § 768 (s. Bem. 5 dazu) derartige dem Hauptschuldner zustehende Befugnisse zur Beseitigung seiner Leistungspflicht nicht verwerten. So auch Mot. S. 663, weil die Einwendungen an sich noch nicht beständen, sondern erst durch einen Willensakt des Schuldners erzeugt würden.

Dies Ergebnis widersprach aber sowohl dem (allerdings zweifelhaften, s. Windscheid-Kipp § 350 No. 18) bisherigen Recht als der Billigkeit, und daher hat der Entwurf II einen zweckentsprechenden Mittelweg eingeschlagen. Allerdings gewährt § 770 dem Bürgen im allgemeinen — s. auch unten Nr. 3 — nicht, wie das Gemeine und Sächsische Recht, die Geltendmachung der Anfechtung und Aufrechnung zur Beseitigung der Schuld selbst, aber es wird ihm eine aufschiebende Einrede zugebilligt, solange das Anfechtungsrecht des Hauptschuldners oder das Recht des Gläubigers, sich durch Aufrechnung gegen eine Forderung des Hauptschuldners zu befriedigen, dauert. Sind diese Rechte erloschen, z. B. durch Fristversäumnis bei jenem (§ 121), durch anderweiten Wegfall der Gegenforderung bei diesem, so verliert der Bürge die Einrede; hat umgekehrt der Hauptschuldner oder der Gläubiger sein vorhandenes Gestaltungs-(Kann-)recht ausübt, so ist damit die Haupt- (s. §§ 142, 389) und folgerecht auch die Bürgschaftsschuld völlig vernichtet, der Bürge also frei; des Vorschützens einer besonderen Einrede bedarf es hinfort nicht mehr; § 767, nicht 768, ist jetzt anwendbar.

2. Über den Rechtsgrund der Einrede aus Abs. 2 insbesondere vgl. die (nicht überall unanfechtbare) Auffassung von Lippmann, Jherings Jahrb. 43 551, ferner Endemann § 145 Anm. 6, Kipp-Windscheid S. 440—1.

Sie bewirkt als hemmende keinerlei Vernichtung der Bürgschaftsschuld, anders anscheinend die schwerverständliche Erörterung Lippmanns aaO. S. 548.

3. **Leistet der Bürge** in Unkenntnis seiner Einrede vor erfolgter Anfechtung, so kann er das Geleistete zunächst nicht kondizieren; es stand seiner Schuld keine solche

Einrede entgegen, „durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde“, § 813 Abs. 1. Denn nach Sinn und Wortlaut des § 770 („kann verweigern, solange“) ist dabei nur an eine aufschiebende Einrede gedacht. Nimmt nun freilich nachher der Hauptschuldner die Anfechtung vor — und daran hindert ihn offenbar ebensowenig die inzwischen erfolgte Zahlung des Bürgen, wie es seine eigene Zahlung getan haben würde, s. Bem. 1a zu § 813 —, so erweist sich die Zahlung des Bürgen nunmehr als eine bereits damals auf eine Nichtschuld hin erfolgte: denn die Anfechtungserklärung hat ja nach § 142 rückwirkende Kraft. Der Bürge kann also nunmehr das Geleistete mit einer condictio indebiti (wohl nicht nur einer condictio ob causam finitam!) zurückfordern. So auch die allgemeine Meinung; z. B. Fischer-Henle Nr. 1, Goldmann-Lilienthal S. 815 Anm. 10, Kuhlenbeck Nr. 2, Matthiaß S. 643, Planck. Nicht ganz korrekt meine Aufl. 1.

Höchst zweifelhaft erscheint, ob für den Fall des Abs. 2 entsprechendes gelte. Neumann zu § 768 Nr. 2 gibt dem Bürgen den Bereicherungsanspruch auch dann, wenn nach erfolgter Zahlung der Hauptschuldner aufrechnet, anders Goldmann-Lilienthal S. 816, weil die durch Zahlung getilgte Schuld vom Hauptschuldner nicht durch Aufrechnung wirksam noch einmal getilgt werden könne. Das dürfte in der Tat zutreffen; der in der Streitfrage zu § 389 Nr. 1 eingenommene Standpunkt ist damit nicht unvereinbar.

Anders natürlich bei Leistung nach erfolgter Anfechtung oder Aufrechnung.

4. Wie, wenn nicht nur der Gläubiger — von dem Abs. 2 allein redet — sondern neben ihm auch der Hauptschuldner, oder ausnahmsweise nur dieser aufrechnen konnte (etwa bei Unpfändbarkeit der Gegenforderung, § 394)? Cosack Aufl. 1 S. 566 ließ alsdann den Bürgen die Aufrechnung selbst vollziehen können, nach Analogie von § 768 Abs. 1, und dem stimmte meine Aufl. 1 bei, weil doch im Grunde dem aufrechnungsberechtigten Hauptschuldner eine Einrede, dies Wort im weitesten Sinne gefaßt, zustehe. Aber dem sind alle anderen entgegengetreten, neuerdings auch das RG. 3S. VI vom 17. X. 1904, Bd. 59 Nr. 61 S. 210; Cosack selbst hat seine Ansicht alsbald geändert (s. § 158, IV, 2c), und auch ich sehe mich zu dem gleichen Schritt genötigt. Die Aufrechenbarkeit ist nun einmal keine Einrede, und wenn sie in gewissem Sinne sogar ein Mehr ist (s. Bem. 1 zu § 389), so spricht das nicht für, sondern gegen meine frühere Meinung. Gerade weil die Aufrechnung auf die gegenüberstehenden Ansprüche vernichtend wirkt, würde sie, wenn dem Bürgen offenstehend, diesem eine Disposition über ein dem Hauptschuldner zustehendes Recht verleihen, die mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen kaum vereinbar und somit nur bei klarer Anerkennung im Gesetze zu ertragen wäre. Solche fehlt aber nicht nur, sondern Abs. 3 gibt ein bedeutsames argumentum a contrario, indem er für den analogen Fall der Anfechtbarkeit ausschließend eine aufschiebende Einrede zugesteht. Eine andere Frage ist die, ob in dem hier besprochenen Fall dem Bürgen nicht wenigstens gleichfalls eine dem Abs. 2 entsprechende aufschiebende Einrede zugebilligt werden müsse? Dafür ließe sich anführen, daß ihre Verneinung zu dem höchst anstößigen Resultat führen würde, daß der Bürge schärfer haftet, wenn nur der Schuldner, als wenn nur der Gläubiger die Hauptschuld durch Aufrechnungserklärung vernichten kann, obwohl doch im ersteren Fall die Schuld offenbar stärker beeinträchtigt, weil vom Belieben des Gläubigers in ihrem Bestand unabhängig geworden ist.

Aus Abs. 2 läßt sich somit wohl ein argumentum a fortiori gewinnen; zum mindesten dürfte seiner entsprechenden Anwendung auf unseren Fall keinerlei Bedenken im Wege stehen. Ebenso Crome § 296 Anm. 46 (unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte), Dernburg § 287 Anm. 10, Kipp-Windscheid S. 440. Anders die meisten, so Enneccerus S. 770, Fischer-Henle Nr. 3, Goldmann-Lilienthal S. 816 Anm. 18, Langheineken, Anspruch S. 134 (mit Literaturangaben), Matthiaß S. 644, Planck Anm. 2, Staudinger Nr. 1b, Schollmeyer S. 173, jetzt auch Cosack aaO. Aber ihre Gründe schlagen nicht durch; der „klare Wortlaut“ des Gesetzes (Staudinger) wäre nur entscheidend, wenn wir kein Recht zur entsprechenden Anwendung des Gesetzeswortes besäßen. Und wenn Abs. 2 einen anderen rechtspolitischen Grund haben sollte als Abs. 1 (Goldmann-Lilienthal), so bliebe noch immer die Eventualität, durch entsprechende Anwendung des Abs. 1 das hier verteidigte Ergebnis zu gewinnen, indem Abs. 2 dann weder dafür noch dagegen verwendbar erschiene.

5. Die Rechte aus § 770 hat auch der selbstschuldnerische Bürge, s. Prot. S. 471.

§ 771.

Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat (Einrede der Vorausklage).

E. I 674[1], E. II 711[1], RV. 755. — Mot. S. 667—9, Prot. II S. 468—70, D. S. 138.

Literatur: Unger, JheringsJahrb. 29 1ff.

1. **Allgemeines**: § 771 stellt den Grundsatz der Subsidiarität der Verpflichtung des Bürgen auf, wie ihn nach dem Vorgang des neuesten Römischen Rechts, Nov. 4 cap. 1, auch bisher die meisten Gesetzgebungen, so Landrecht § 283, Code Art. 2021 ff., SächsGB. § 1461, mit Ausnahme indes des HGB. Art. 281 (jetzt § 349), angenommen hatten.

Das BGB. gewährt somit dem Bürgen, wenn er vor dem Hauptschuldner oder auch zugleich mit ihm verklagt werden sollte und nicht einer der Ausnahmefälle des § 773 vorliegt, die **Rechtswohltat der Vorausklage** („beneficium excussionis"). Daß es sich dabei nicht um ein Leugnen des Klagegrundes handelt, sondern um eine wahre — bilatorische — Einrede, ergibt schon der Wortlaut des Paragraphen: „Der Bürge kann die Befriedigung . . . verweigern, solange . . ."; „**Einrede** der Vorausklage". Nicht minder entspricht diese Auffassung dem Vorbild des früheren Rechts mit Ausnahme nur des Preußischen (Dernburg, Privatrecht II § 244 Nr. 1). Der Bürge muß sich also auf die Rechtswohltat berufen, wenn er sie berücksichtigt wissen will.

Ist das freilich geschehen, so hat, ähnlich wie bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, der Gläubiger die Beweislast dafür, daß die Voraussetzungen der Einrede im vorliegenden Fall überhaupt nicht oder doch nicht mehr vorhanden sind. Das entspricht dem Vorgang des bisherigen Rechts (s. Dernburg, Pandekten II § 79) wie dem Sinn und dem Wortlaut des § 771: „kann verweigern, solange nicht...", s. Planck I S. 48 und zu § 771 Nr. 2, Matthiaß S. 644 No. 4, Meisner Nr. 2, Kuhlenbeck Nr. 1, Rosenberg, Beweislast S. 140; a. A. früher Fischer-Henle No. 1 (anders seit Aufl. 2), Schollmeyer S. 86 Nr. 2 (anders Aufl. 2 S. 177 Nr. 3a).

2. **Die Verjährung** des Anspruches wird durch diese Einrede nicht gehemmt, § 202 Abs. 2.

3. **Der Ausdruck** „Einrede **der Vorausklage**" ist nicht ganz zutreffend, denn eine Klage ist für sich weder immer erforderlich noch ausreichend. Es muß vielmehr die Zwangsvollstreckung wider den Hauptschuldner erfolglos versucht sein, was meist erst nach der Verurteilung, unter Umständen aber — aus vollstreckbaren Urkunden, auch im Fall des Arrestes — auch schon vor dem Prozeßbeginn möglich ist.

4. Kann sich der Bürge gegenüber der Replik des Gläubigers nach Nr. 1 Abs. 2 duplicando darauf berufen, daß der Schuldner nach der Zwangsvollstreckung wieder zu Vermögen gekommen sei? Die Frage wird verneint vom Landrecht § 306, nun auch von den Mot. S. 670. Unzweifelhaft ist die Antwort nicht, doch scheint mir der Wortlaut des Paragraphen in der Tat mehr für die Verneinung zu sprechen.

5. Das Recht des § 771 ist nach beiden Seiten hin **dispositiv**: die Haftung des Bürgen kann sowohl verstärkt (selbstschuldnerische Bürgschaft, § 771), wie weiter abgeschwächt werden (Schadlosbürgschaft, s. Vorbem. 3d, Mot. S. 672).

§ 772.

Besteht die Bürgschaft für eine Geldforderung, so muß die Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners an seinem Wohnsitz und, wenn der Hauptschuldner an einem anderen Orte eine gewerbliche Niederlassung hat, auch an diesem Orte, in Ermangelung

eines Wohnsitzes und einer gewerblichen Niederlassung an seinem Aufenthaltsorte versucht werden.

Steht dem Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zu, so muß er auch aus dieser Sache Befriedigung suchen. Steht dem Gläubiger ein solches Recht an der Sache auch für eine andere Forderung zu, so gilt dies nur, wenn beide Forderungen durch den Wert der Sache gedeckt werden.

E. I 674 ², E. II 711 ², RV. 756. — Mot. S. 669—70, Prot. II S. 469—70, VI S. 197.

1. **Allgemeines**: Bei **Geldforderungen** (s. § 244 BGB.) ist der Grundsatz des § 771 in der Weise modifizirt, daß nicht die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners überhaupt erfolglos versucht sein muß, sondern nur und gerade eine solche an den in Abs. 1 genannten Orten in die Mobilien des Hauptschuldners. Der Umstand, daß unbewegliche Sachen oder Forderungen (die nach § 90 nicht unter Abs. 1 fallen) oder auch an anderen Orten befindliche bewegliche Sachen zur Vollstreckung geeignet sind, reicht hier nicht aus, die Einrede der Vorausklage aufrecht zu erhalten.

2. Durch **Abs.** 2 wird das Recht des Gläubigers (d. h. bei Geldforderungen) weiter eingeschränkt; er muß, um die Einrede der Vorausklage zu beseitigen, auch aus Pfand- und Zurückbehaltungsrechten die Befriedigung versucht haben, neben den Vollstreckungsmaßregeln des Abs. 1.

Der Entstehungsgrund dieser Rechte ist gleichgültig; es kommen neben den vertragsmäßigen auch die gesetzlichen (§ 559) und Pfändungspfandrechte (ZPO. §§ 803 ff.) in Betracht. — Unter Zurückbehaltungsrecht ist nicht nur ein solches im Sinne des BGB. (§ 273), sondern namentlich auch des HGB. (Art. 369 ff.) zu verstehen. S. auch ZPO. § 777.

3. Man kann darüber zweifeln, ob die Ausnahme des § 772 die Rechtswohltat der Vorausklage bei Geldforderungen verschärfe oder abschwäche. M. E. — s. auch Mot. S. 669 — ist ersteres der Fall; denn unter der Bezeichnung in § 771 „eine Zwangsvollstreckung“ wird man jeden beliebigen, an sich korrekten, aber erfolglos gebliebenen Versuch der Zwangsvollstreckung verstehen müssen; ein solcher Versuch genügt daher nach § 771, um die Einrede des Bürgen zu beseitigen (er müßte denn so wenig ernstlich gemeint oder so nachlässig vollzogen sein, daß die Berufung des Gläubigers darauf einen Verstoß gegen Treu und Glauben im Sinne von § 242 bildete). Dagegen nach § 772 soll nur eine entsprechend qualifizirte Vollstreckung dem Schuldner die Einrede entziehen können.

§ 773.

Die Einrede der Vorausklage ist ausgeschlossen:

1. wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet, insbesondere wenn er sich als Selbstschuldner verbürgt hat;
2. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist;
3. wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist;
4. wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird.

In den Fällen der Nr. 3, 4 ist die Einrede insoweit zulässig, als sich der Gläubiger aus einer beweglichen Sache des Hauptschuldners befriedigen kann, an der er ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht hat; die Vorschrift des § 772 Abs. 2 Satz 2 findet Anwendung.

E. I 675, E. II 712, RV. 757. — Mot. S. 670—2, Prot. II S. 476—7.

1. **Allgemeines**: § 773 handelt von den Ausnahmefällen, in denen die Einrede der Vorausklage dem Bürgen entzogen ist, bei denen sich also eine Untersuchung, ob der an sich vorhandenen nicht durch die fruchtlose Vollstreckung der Boden entzogen sei, erübrigt.

Die Fälle entsprechen im wesentlichen denen des Gem. R., s. Windscheid II § 478 Nr. 1—5, zu Nr. 3 unseres Paragraphen auch RG. 4 Nr. 34 S. 123. Nicht aufgenommen ist der gemeinrechtliche Fall 6 (arglistige Ableugnung der Bürgschaft, l. 10 § 1 h. t.), dagegen sind die schon bisher reichsrechtlichen Fälle Windscheids Nr. 7 und 8 (Bürgschaft für einen Zwangsvergleich und in Handelssachen) neben denen des § 773 bestehen geblieben, KO. § 194, HGB. § 349.

Auch die Fälle des Landrechts sind denen des vorliegenden Paragraphen ähnlich, s. die Angaben bei Dernburg, Privatrecht II § 244.

2. **Im einzelnen**:

a) Zu Nr. 1: Der Verzicht auf die Einrede kann von vornherein im Verbürgungsakt selbst vollzogen werden; das ist der im Leben außerordentlich häufige Fall **der selbstschuldnerischen Bürgschaft**. Sie ist juristisch nichts als eine gewöhnliche Bürgschaft unter Wahrung ihres akzessorischen Charakters, bei der nur die Einrede der Vorausklage wegbedungen ist. Möglicherweise vollzieht der Verzicht sich erst später in Form einer besonderen Abrede, s. über den Unterschied beide Fälle Hölder, ZZP. 33 366. Der Unterschied ist theoretisch erheblich: ersterenfalls wird die Entstehung der Einrede aus § 771 von vornherein verhindert, letzterenfalls auf die bereits erworbene verzichtet. Daß auf sie die besondere Form des § 766 angewendet werden müsse (so Kipp-Windscheid S. 1027 a. E.) glaube auch ich; der Einredeverzicht enthält jedenfalls eine weitere Verschärfung der Haftung, sodaß die rechtspolitischen Gründe für den Formzwang auch bei ihr vollauf zutreffen.

Unter Nr. 1 gehören auch die im SächsGB. § 1626 besonders erwähnten Fälle, wenn der Bürge „die sofortige Erfüllung der Verbindlichkeit zur Verfallzeit" versprochen hat. Darin ist in der Regel ein stillschweigender Verzicht auf die Einrede zu finden, Mot. S. 670.

b) **Zu Nr. 2**: Nicht jede Änderung des Wohnsitzes durch den Hauptschuldner schließt die Einrede aus, sondern nur eine solche, durch die eine **wesentliche Erschwerung der Rechtsverfolgung** gegen ihn herbeigeführt ist. Danach ist mit dem RG. (Bd. 6 Nr. 40 S. 156) eine Wohnsitzverlegung innerhalb des deutschen Reiches im allgemeinen nicht als genügend anzusehen, wohl aber meist eine solche ins Ausland.

Auch ein Verziehen an einen unbekannten Aufenthaltsort — hier einerlei, ob im In- oder Auslande — dürfte unter Nr. 2 fallen.

Unter der „Rechtsverfolgung" ist sowohl die eigentliche prozessuale Geltendmachung des Anspruches, wie seine Vollstreckung zu verstehen.

c) Zu Nr. 3—4 und Abs. 2 ist nichts besonderes zu bemerken.

3. **Der Nachbürge** hat im allgemeinen die Einrede aus der Person des Hauptschuldners; anders nur dann, wenn sie beim Bürgen ausgeschlossen ist. Außerdem kann er aber auch die vorherige Ausklagung des Bürgen verlangen, es sei denn, daß er sie auf Grund der §§ 771—3 als gewöhnlicher Bürge, den Bürgen als Hauptschuldner gedacht, nicht haben würde.

§ 774.

Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden.

Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt.

Mitbürgen haften einander nur nach § 426.

E. I 676, E. II 713, RV. 758. — Mot. S. 272—6, Prot. II S. 477—9.

Literatur: Kremer aaO. S. 134ff.; Koban, Regreß des Bürgen, 1904. Insbesondere über das Verhältnis der §§ 774 und 1275 einerseits Strohal, DJZ. 03 373ff., andererseits Breit bei Gruchot 48 283ff., Bendix, ArchBürgR. 25 84ff.

1. **Allgemeines:**

a) Die Frage, welche Rechte der zahlende Bürge gegen den Hauptschuldner gewinne, läßt sich nicht allgemein entscheiden, sondern beantwortet sich zunächst nach dem zwischen beiden bestehenden Kausalverhältnis. Dieses kann sich darstellen als Auftrag, Geschäftsführung — dann ist ein Rückgriff nach deren Regeln vorhanden, §§ 670, 683. Die Verbürgung kann aber auch in Schenkungsabsicht geschehen, dann erzeugt sie keinen Rückgriff, sondern höchstens, wenn die Annahme der Schenkung vom Hauptschuldner verweigert wird, einen Anspruch nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung.

Zu bemerken ist, daß keineswegs in jeder nicht auf Auftrag oder Schenkung beruhenden Verbürgung eine Geschäftsführung für den Schuldner zu finden ist, Kremer S. 139ff. Insbesondere kann sie auch mit alleiniger Rücksicht auf den Gläubiger vorgenommen sein. Auch in solchen Fällen entsteht zwischen Schuldner und Bürgen kein anderes Rechtsverhältnis, als das der ungerechtfertigten Bereicherung, die zwar nicht in der Übernahme, aber wohl in der Tilgung der Bürgschaftsschuld zu finden ist (s. dazu aber auch unten c).

Das Gesagte entspricht der Natur der Sache und ist in allen Rechten, auch im BGB., anerkannt, Mot. S. 673 No. 1.

b) Daneben aber gewährte das Gemeine Recht dem Bürgen einen Anspruch auf Abtretung seiner Ansprüche gegen den Hauptschuldner **(beneficium cedendarum actionum)**, geltend zu machen mit einer exceptio doli. Und zwar hatte er ihn dem Gläubiger gegenüber nach der richtigen Meinung stets, konnte aber die actio cessa dem Schuldner gegenüber nur verwerten, soweit ihm das Kausalverhältnis einen Rückgriff darbot, so Dernburg, Pand. II 80 No. 8 gegen Windscheid § 481 No. 7. Ähnlich SächsGB. § 955.

Dagegen die andern modernen Gesetzgebungen ließen ohne den Umweg einer solchen Abtretung den Anspruch des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen **unmittelbar mittelst „cessio legis" übergehen**, so Landrecht § 338, Code Art. 2029, und ihnen schließt sich das BGB. an. Es folgt also der Annahme, daß der Bürge nicht sowohl die Schuld des Hauptschuldners, sondern seine davon verschiedene eigene Schuld tilge, s. Goldmann-Lilienthal S. 820, Siber, Rechtszwang S. 249ff. Dadurch wird die Forderung gegen den Hauptschuldner — die Zahlung ist ja auf sie nicht „solvendi", sondern eher „emendi animo" vollzogen — nicht getilgt, sondern bleibt bestehen und geht auf den Bürgen über. Auf den Willen des Bürgen kommt es dabei gar nicht an; selbst wider seinen Willen tritt der Übergang ein, ja selbst dann, wenn sein Interesse dahin ging, statt dessen bei seinem sonstigen Rückgriffsanspruch zu verbleiben.

Will der Bürge diesen Erfolg vermeiden, so kann er das nicht durch Verzicht auf den Übergang des Anspruchs herbeiführen, sondern nur dadurch, daß er nicht die eigene, sondern die fremde (Haupt-) Schuld als gewöhnlicher Intervenient zahlt, wozu er nach § 267 natürlich nicht minder berechtigt ist, wie ein gewöhnlicher dritter. Dann kommt es nicht zur Anwendung des § 774, sondern nur zum Rückgriff nach Maßgabe des etwaigen besonderen Kausalverhältnisses, so auch Siber S. 240, 246, 251, der mit Recht im Zweifel überall da die Zahlung auf die Bürgschaftsforderung gerichtet sein läßt, wo der Bürge nicht nachweislich keinen Regreßanspruch haben will.

c) Auch da, wo der Bürge auf seine eigene Schuld hin gezahlt hat, übt der dann eintretende Übergang der Hauptforderung auf sein besonderes Verhältnis zum Schuldner keinen Einfluß aus; er kann nach Wahl seinen Rückgriff noch immer auf dieses stützen. Das kann ihm Vorteil bieten, wenn die Hauptforderung einer kürzeren Verjährungsdauer unterworfen war (während die Verjährung des besonderen Regreßanspruches erst mit der Zahlung neu beginnt), wenn sie — aus einem der Gültigkeit der Verbürgung nicht entgegenstehenden Grunde — unklagbar ist; vor

allem aber auch, wenn der Bürge in entschuldbarer Unkenntnis von der bereits erfolgten Tilgung der Hauptschuld gezahlt hat. Von einem Übergang der getilgten Schuld an ihn ist natürlich keine Rede, wohl aber möglicherweise noch von einem Regreßanspruch nach §§ 670, 683 — man denke an den Fall, daß der Hauptschuldner fahrlässig unterließ, dem Bürgen von der erfolgten Zahlung Mitteilung zu machen. So auch Dernburg § 289, III, Koban S. 40.

Schon angesichts derartiger Eventualitäten wird man dem Bürgen ein Wahlrecht zuzubilligen geneigt sein zwischen der actio cessa und dem besonderen Regreßanspruch, Koban S. 40. Erst die Durchführung des einen Anspruchs schließt den anderen aus.

Nur eine Ausnahme ist davon mit Kremer S. 140 zu machen: falls der besondere Regreßanspruch nur auf dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung beruhen würde (s. oben litt. a), wird er durch die actio cessa ausgeschlossen. Denn soweit der gesetzliche Übergang des Anspruches auf ihn stattfindet, hat der Bürge den Schuldner mittelst seiner Zahlung ja gar nicht bereichert. Will der Bürge den Bereicherungsanspruch erlangen, so muß er also ausschließlich (s. oben litt. b) auf die Haupt- statt auf seine eigene Schuld zahlen.

d) Für eine vertragsmäßige Abtretung der Ansprüche ist neben § 774 kein Raum, da ein bereits übergegangener Anspruch nicht noch einmal übergeben kann. Höchstens vor erfolgter Zahlung könnte sie in Frage kommen. Aber auch, soweit möglich, wird sie keinenfalls die Rechtslage gegenüber den gesetzlichen Vorschriften zu ändern im stande sein, OLG. Hamburg bei Seuffert 59 Nr. 154 S. 272.

2. Die gesetzliche Zession setzt **Befriedigung der Forderung** durch den Bürgen voraus, einerlei ob sie erfolgt durch Zahlung, unwiderrufliche Hinterlegung (§ 378), Hingabe an Zahlungsstatt, Aufrechnung mit einer ihm (nicht auch mit einer dem Hauptschuldner, s. § 770) zustehenden Gegenforderung, so auch RG. 53 Nr. 100 S. 405. Ein Widerspruch des Gläubigers kommt dagegen nicht in Betracht. Anders Sievers, Recht 03 299 ff., der aber vergißt, daß der Bürge seine eigene Schuld tilgt, was er auch mittelst Aufrechnung kann, während ihm freilich zugunsten der (fremden) Hauptschuld dieser Weg verschlossen sein würde, s. Bem. 1a zu § 387. Wie hier Conrades, Recht 03 308, Jäger zu KO. § 53 Anm. 9, der freilich gleichfalls nicht genügend scheidet zwischen den grundverschiedenen Akten der Tilgung der Haupt- und der Bürgschaftsschuld, Staudinger zu § 770 Nr. 1bδ. Auch darin ist eine den Übergang mit sich bringende „Befriedigung" des Gläubigers zu sehen, daß er dem Bürgen die Schuldsumme schenkweise erläßt, so schon l. 10 § 13 D. 17,1. Dieser Vorgang ist natürlich so aufzufassen, als ob der Gläubiger die Summe vom Bürgen erhoben und sie ihm dann unmittelbar in Schenkungsabsicht zurückgegeben hätte. Anders natürlich, wenn er aus Freigebigkeit gegen den Hauptschuldner oder beide Beteiligte auf seinen Anspruch dem Bürgen gegenüber verzichtet.

3. **Die materielle Bedeutung** des § 774 liegt darin, daß die Forderung ohne weiteres übergeht, mit allen ihren Vor- und Nebenrechten: Pfändern, anderen Bürgen usw. Zwei beschränkende, innerlich wohlbegründete Sonderbestimmungen sind dabei zu beachten:

a) **Nach Abs. 2** kann der zahlende Bürge gegen die Mitbürgen trotz der erworbenen Forderung nicht auf den Gesamtbetrag vorgehen, sondern nur soweit er als zahlender Gesamtschuldner von ihnen Ersatz beanspruchen könnte (§ 426), also im Zweifel gegen jeden nur auf einen Kopfteil, seinen eigenen Teil mitgerechnet.

S. dazu auch Kremer S. 186 ff. Ohne Abs. 2 möchte anzunehmen sein, daß der Anspruch gemäß Abs. 1 in Verbindung mit § 769 gegen die Mitbürgen als Gesamtschuldner überginge; aber diese sonst berechtigte Folgerung wird eben durch die Sondervorschrift eingeschränkt; das will auch offenbar das Wort „nur" besagen. Die Subrogation findet somit zugunsten des zahlenden Mitbürgen nur beschränkt statt. Die Anzweifelungen dieses Satzes bei Kremer S. 202—3 haben weder einen ausreichenden inneren noch äußeren Grund für sich; warum soll es ein Widerspruch sein, daß die Hauptschuld ganz fortdauert, die Bürgschaftsschuld nur zum Teil? Praktisch wird der Rückgriff gegen die Mitbürgen doch meist nur bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners; gerade für diesen Fall aber dürfte es guten Sinn haben, den Ausfall die mehreren Bürgen anteilsweise tragen zu lassen. Das gibt auch Kremer im Ergebnis zu, indem er dem auf mehr als einen Kopfteil im Regreßwege belangten Mitbürgen eine Einrede zuerkennt, S. 203.

b) Daneben enthält Abs. 1 Satz 2 eine Beschränkung, die sich genau in derselben Weise in andern Fällen einer gesetzlichen Zession wiederfindet, s. §§ 268 Abs. 3 und

426 Abs. 2 sowie Bemerkungen dazu, Mot. S. 674 No. 2. Ein Beispiel gibt RG. 8 Nr. 73 S. 291 ff.: der Bürge, der nur für einen Teil der Hauptschuld haftete, und diesen bezahlt hat, darf den Anspruch nicht im Konkurse des Schuldners geltend machen, weil er dadurch die Dividendenaussicht des Gläubigers wegen des Restbetrages schädigen würde („nemo subrogat contra se", Endemann § 192 No. 3).

Ähnliches wurde schon im Gemeinen Recht angenommen, RG. bei Seuffert 54 Nr. 150 S. 285.

Auf der andern Seite verbleiben natürlich dem Hauptschuldner seine Einreden dem Anspruche des Bürgen gegenüber, § 404. Dies auch dann, wenn der Bürge sie bei der Zahlung schuldlos nicht kannte oder sie aus Unkenntnis im Prozesse mit dem Gläubiger nicht vorgebracht hat. Er wird deshalb gut tun, dem Hauptschuldner den Streit zu verkünden, wenn er verklagt ist. Übrigens ist er in solchem Fall auf die etwaigen Gerechtsame aus dem besonderen Kausalverhältnis beschränkt.

4. Auch sonst hat der § 774 **nicht** die Bedeutung, **dem Bürgen unter allen Umständen**, ohne Rücksicht auf sein Verhältnis zum Schuldner, **einen Regreß zu vermitteln.** Vielmehr bleibt, wie beim römischen beneficium cedendarum actionum, das Kausalverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner auch für die Frage der Durchführbarkeit der auf jenen übergangenen Forderung entscheidend. Das will **Satz 3** besagen. Nur beschränkt sich die Wirkung des besonderen Verhältnisses jetzt auf den Weg der Einwendung, wenn auch sonst, von § 774 abgesehen, dem Bürgen schon ipso iure kein Rückgriff zugestanden hätte. Solche „Einwendungen", durch die der Hauptschuldner den an sich überall auf den Bürgen übergegangenen Anspruch entkräften kann, sind z. B. die der Schenkung; auch die, daß der Bürge bei der Verbürgung nur eine ihm dem Schuldner gegenüber obliegende Pflicht erfüllt; daß er dabei eventuell sein eigenes Geschäft geführt habe, Mot. S 674—75. Dagegen kann der bloße Umstand, daß zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner überhaupt kein Kausalverhältnis bestand, dem Anspruche des Bürgen nicht schaden (so auch Kremer S. 134); Abs. 3 bezieht sich nur auf ein besonderes den Regreßanspruch ausnahmsweise ausschließendes Rechtsverhältnis. Das Beispiel der Aufl. 1: Handeln gegen Verbot des Schuldners, paßt somit wohl nicht ganz — dadurch wird nur das besondere Kausalverhältnis der (verbindlichen) Geschäftsführung ausgeschlossen; es entsteht aber keineswegs ein positiver Hinderungsgrund für einen Regreßanspruch überhaupt.

Zu beachten ist zur Vermeidung von Mißverständnissen, daß die Berufung des Hauptschuldners auf die den Regreß ausschließende Besonderheit des Kausalverhältnisses überall nur eine Einwendung im weiteren Sinne (rechtshindernde Tatsache), keine Einrede im Sinne eines besonderen Gegenrechtes bedeutet. Also Geltendmachung auch von Amts wegen; andererseits Beweislast des Schuldners. So auch Cosack § 158, V Kipp S. 1035, auch wohl Koban, s. S. 78, 81, dessen Worte S. 80 freilich (der Bürge trete ipso iure ein, dürfe das erworbene Recht aber nur gemäß dem inneren Verhältnis ausüben) für die Annahme einer bloßen Einrede sprechen möchten. Gegen bloße Einrede besonders Siber S. 246.

5. Nicht allgemein, sondern nur aus dem zu Grunde liegenden Verhältnis und der Sachlage zu beantworten ist die von manchen Gesetzbüchern (s. z. B. wegen des Landrechts Leske S. 310) besonders entschiedene Frage, ob der Bürge **vor der Befriedigung des Gläubigers** oder wenigstens nachher, zur Vermeidung einer Doppelzahlung, **den Schuldner benachrichtigen** muß. In der Regel werden Treu und Glauben ihn, auch ohne positiven Ausspruch im Gesetz, dazu verpflichten (s. Mot. S. 675); er würde alsdann bei Nichterfüllung dieser Pflicht dem Schuldner auf Ersatz haften, oder doch seinen Rückgriff wenigstens insofern einbüßen, als ihm der Hauptschuldner nur zur Abtretung seiner auf Grund nochmaliger Zahlung erworbenen condictio indebiti verpflichtet wäre.

Hat umgekehrt der Bürge in entschuldbarer Unkenntnis die schon vom Hauptschuldner getilgte Schuld nochmals ausbezahlt, so steht das seinem Rückgriffe aus § 774 entgegen, da ein nicht mehr vorhandener Anspruch auch nicht übergehen kann. Jedoch kann er auf Grund des vorhandenen Kausalverhältnisses (Auftrag usw.) den Schuldner in Anspruch nehmen, wofern er ihm die gegen den Gläubiger erworbene Kondiktion abzutreten bereit ist (s. auch oben Nr. 1c).

6. Läßt sich aus § 774 der Ausdruck des allgemeinen Prinzips entnehmen, daß mehrere Sicherungspflichtige untereinander im Zweifel zum Ausgleich verbunden seien? Die Frage ist wichtig z. B. in dem Falle, wenn für die Hauptschuld außer dem Bürgen noch ein von einem dritten bestelltes Pfand haftet. Im Gegensatz zu Strohal

(s. oben) lehrt Breit, wohl mit Recht, eine allgemeine Bejahung der Frage, ähnlich mit anderen Gründen (direkt nach § 426) Bendix. Ein näheres Eingehen auf das wesentlich sachenrechtliche Problem ist hier nicht am Platze.

§ 775.

Hat sich der Bürge im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt oder stehen ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag wegen der Übernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner zu, so kann er von diesem Befreiung von der Bürgschaft verlangen:

1. wenn sich die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben;
2. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist;
3. wenn der Hauptschuldner mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit im Verzug ist;
4. wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat.

Ist die Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner dem Bürgen, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

E. I. 677, E. II 714, RV. 759. — Mot. S. 676—8, Prot. II S. 479—80.

Literatur: Kremer S. 114ff.

1. **Allgemeines:** Die Bestimmungen des § 775 ergeben sich ihrer Grundidee nach eigentlich schon aus dem Wesen des Auftrages, sind dafür auch bereits im Römischen Recht anerkannt, s. l. 38 § 1 D. 17,1. Die Ausdehnung auf die Fälle, wo die Verbürgung auf einem sonstigen (entgeltlichen) Geschäftsbesorgungsvertrage (so Staub Anm. 35), sowie wo sie auf unbeauftragter Geschäftsführung beruht, ist nach dem zugrunde liegenden Prinzip konsequent, s. Mot. S. 677. Dagegen ist eine weitere, unterschiedslose Erstreckung auf alle Fälle der Bürgschaft, wie sie Windscheid § 480 Nr. 3 für das RG. lehrt und manche modernen Gesetzgebungen, so Preußens und Frankreichs übernommen haben, dem BGB. fremd. Mit Recht: denn Zweck der Verbürgung ist nicht nur, sich für den Schuldner einmal zu verpflichten, sondern auch, verpflichtet zu bleiben, ihm den Kredit dauernd zu gewähren, s. Kremer S. 115—6. Darum sind auch die gesetzlich anerkannten Fälle des Befreiungsanspruches keiner entsprechenden Erweiterung fähig. Auch aus § 670 in Verbindung mit 257 kann ein weitergehender Befreiungsanspruch mit nichten hergeleitet werden, da § 775 dessen Voraussetzungen offenbar als lex specialis abweichend von den allgemeinen Regeln abgrenzen will. Über § 775 hinaus steht dem Bürgen also nur auf Grund seiner Zahlung ein Regreß-, nicht auch vorher ein Liberationsanspruch zu.

2. **Die einzelnen Fälle** bedürfen keiner weiteren Erläuterung; wegen Nr. 2 s. Bem. 2b zu § 773; wegen des Verzuges s. §§ 284ff.

Zu beachten ist, daß durch eine dem Hauptschuldner nachträglich, nach Eintritt des Verzuges, seitens des Gläubigers gewährte Stundung dem Bürgen der einmal entstandene Befreiungsanspruch nicht nachträglich wieder entzogen werden kann, RG. ZS. VI vom 22. IX. 1904, Bd. 59 Nr. 5 S. 12.

3. Der Anspruch geht auf **Befreiung von der Verbindlichkeit,** die in der Regel durch Befriedigung des Gläubigers zustande kommen wird; möglicherweise auch dadurch, daß der Hauptschuldner den Gläubiger zu einem (onerosen oder lukrativen) Verzicht auf die Rechte aus der Bürgschaft zu bewegen weiß.

Im Falle des Abs. 2 kann sich der Hauptschuldner von dem Liberationsanspruch befreien durch Stellung einer Sicherheit im Sinne von §§ 232 ff. Doch greift diese Möglichkeit nur dann Platz, wenn der Liberationsanspruch bereits vor Eintritt der Fälligkeit erwachsen ist. Das trifft insbesondere in den Fällen der Ziffer 3—4 niemals zu; hier ist also von Abwendung durch Sicherheitsleistung keine Rede, s. auch RG. 59 Nr. 5 S. 12. Auch eine früher etwa gestellte Sicherheit kann den Befreiungsanspruch nach späterem Fälligwerden der Hauptschuld nicht mehr abwenden; in ihrer Annahme liegt keineswegs ein antizipierter Verzicht auf den demnächst etwa erwachsenden Anspruch.

Ein Anspruch auf Vorschuß ist dem Bürgen als solchem gesetzlich nicht gewährt; er kann sich indes ergeben gemäß dem besonderen Kausalverhältnisse, insbesondere einem Auftrage. Aber auch bei Vorliegen eines solchen ist die Vorschußpflicht entsprechend dem Zweck des Bürgschaftsverhältnisses in der Regel nach § 157 als wegbedungen zu erachten; so auch Staudinger Nr. 4, Planck Nr. 1, der weitergehend den Anspruch auf Vorschuß durch § 775 ohne weiteres ausgeschlossen sein läßt.

4. Die Rechte des § 775 stehen auch dem selbstschuldnerischen Bürgen zu. Natürlich können sie durch besondere Abrede sowohl erweitert als auch beschränkt werden. Ein etwaiger Verzicht des Bürgen bedarf nicht der Form des § 766, schon deshalb nicht, weil die Anwendbarkeit des Liberationsanspruchs sich nach dem inneren Verhältnis zwischen Bürgen und Schuldner, nicht nach des ersteren Außenverhältnis zum Gläubiger, bestimmt.

§ 776.

Gibt der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen auf, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Rechte nach § 774 hätte Ersatz erlangen können. Dies gilt auch dann, wenn das aufgegebene Recht erst nach der Übernahme der Bürgschaft entstanden ist.

E. I 679, E. II 715, RV. 760. — Mot. S. 678—82, Prot. II S. 780—3.

1. **Erledigung der Bürgschaft**: Die §§ 776—7 reden von der Beendigung der Bürgschaft, ohne ihre Gründe zu erschöpfen; es kommen vielmehr, außer den hier genannten und den allgemeinen Erlöschungsgründen der Schuldverhältnisse, wegen des akzessorischen Charakters der Bürgenhaftung als besondere hinzu:

a) Untergang der Hauptschuld, nach §§ 767—8.

b) confusio. Beerbung des Bürgen durch den Hauptschuldner oder umgekehrt, s. darüber Bem. 2c zu § 767.

c) Kraft **Kündigung** des Bürgen dem Gläubiger gegenüber kann die Bürgschaft nur dann erlöschen, wenn es durch ausdrückliche oder stillschweigende Vertragsabrede vorgesehen ist; das Gesetz enthält darüber keine besondere Bestimmung. Jedoch wird man dem Bürgen bei einer auf unbestimmte Zeit übernommenen Kreditbürgschaft (s. auch zu § 765 Nr. 3b) mit der bisherigen Praxis (s. ROHG. 19 Nr. 36 S. 110 und die dort zitierten weiteren Erkenntnisse) im Zweifel die Befugnis geben, „nach Verlauf eines den Umständen nach abzumessenden Zeitraums die Bürgschaft aufzukündigen". Dies zumal angesichts der in den §§ 157, 242 als Richtschnur aufgestellten Grundsätze von Treu und Glauben. So auch Goldmann-Lilienthal S. 823, Enneccerus S. 774. Anders Eccius bei Gruchot 46 55 ff., der eine ungebührliche Benachteiligung des Gläubigers darin sieht, wenn er seinerseits dem dritten nach wie vor zur Kreditgewährung verpflichtet bleibt, während der Bürge sich durch Kündigung von seiner Pflicht freimachen kann. Das schlägt indes höchstens für die Fälle durch, wo der Gläubiger nach dem obwaltenden Verhältnis zur Kreditgewährung verpflichtet ist und bleibt, aber nicht in den andern, doch wohl regelmäßigen Fällen. Die vorsichtige Fassung des Textes („im Zweifel") schließt nicht aus, sondern ein, daß in den von Eccius unterstellten Fällen in seinem Sinne zu entscheiden sei. Aber auch bei ihnen wird man mit Enneccerus dem Bürgen überall da ein — hier unbefristetes — Kündigungsrecht zuzuerkennen geneigt sein, wo in den Vermögensverhältnissen des Hauptschuldners eine gefährdende Verschlechterung eingetreten ist,

nach Analogie des § 610. Dies um so unbedenklicher, da alsdann ja auch dem Geldgeber ein Rücktrittsrecht von seiner Kreditzusage zusteht.

2. Insbesondere **zu § 776**: Ob der Gläubiger dem Bürgen gegenüber zur sorgsamen und namentlich pünktlichen Geltendmachung der Hauptforderung („diligentia in exigendo") verpflichtet sei, war im Gemeinen Recht bestritten, s. Windscheid § 478 Nr. 10. Das Landrecht bejahte die Frage, indem es aber den Gläubiger dabei nur für grobe Nachlässigkeit haften ließ, §§ 328—9. Für die Bejahung auch Code Art. 2037, SächsGB. § 1466.

Dagegen das BGB. erkennt grundsätzlich eine **solche Pflicht nicht an**, s. die Begründung in den Mot. S. 679, auch Enneccerus S. 774—6, dagegen Unger, Iherings Jahrb. **33** 303 (dieser nur rechtspolitisch), Marcus, Recht **02** 456, der unter höchst bedenklicher Verwertung des § 242 sogar für das geltende Recht die Sorgfaltspflicht zu retten versucht — ein aussichtsloses Beginnen. S. auch unten Nr. 3d. Das soll nach den Mot. auch im Falle einer Fristgewährung des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner gelten, s. indes § 767 Nr. 2e. Nur für die im Text genannten besonderen Fälle läßt § 776 ausdrücklich die Pflicht des Bürgen durch eine die Hauptschuld beeinträchtigende Maßnahme beeinflußt werden; sie sind übrigens bereits in der bisherigen Judikatur entsprechend behandelt worden, Seuffert 52 Nr. 154 S. 280. Alsdann erlischt die Pflicht des Bürgen zwar nicht durchaus, aber soweit, als derselbe aus dem aufgegebenen Rechte, das ja andernfalls auf ihn nach § 774 übergegangen wäre, hätte Ersatz verlangen können.

Natürlich kann der Gläubiger dem Bürgen Sorgfaltsanwendung bei Geltendmachung seiner Rechte oder Rechtzeitigkeit dieser Geltendmachung besonders versprechen, Planck Nr. 1 a. E., Siber, Rechtszwang S. 40—1. Ein Verstoß gegen diese Pflicht macht ihn dann ersatzpflichtig. Indes besteht (so richtig Siber) der Schaden dabei meist in Erstreckung der ohnedies weggefallenen Bürgenhaftung, und er ist nach dem Prinzip des § 249 dadurch zu ersetzen, daß der Schuldner frei, d. h. so gestellt wird, wie er ohne die Nachlässigkeit gestellt sein würde.

3. Im übrigen stehen dem Bürgen bei Lässigkeit des Gläubigers in Eintreibung der Hauptschuld nur **folgende Mittel** zu Gebote:

a) Im Fall von § 775 kann er dem Hauptschuldner die Bürgschaft kündigen.

b) Er kann den Gläubiger auszahlen und sich dadurch dessen Rechte dem Schuldner gegenüber verschaffen.

c) Endlich kann der Bürge den Gläubiger nach § 826 verantwortlich machen, wenn er vorsätzlich, zur Schädigung des Bürgen, die Belangung des Hauptschuldners hinausschiebt.

d) Dagegen wird er sich auf § 242 schwerlich dem Gläubiger gegenüber berufen können, weil es sich um keine „Leistung" des letzteren an ihn handelt, die er nach Treu und Glauben erfüllen müßte. So auch Schneider, Treu und Glauben S. 226 gegen Neumann Nr. 1a.

§ 777.

Hat sich der Bürge für eine bestehende Verbindlichkeit auf bestimmte Zeit verbürgt, so wird er nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger die Einziehung der Forderung unverzüglich nach Maßgabe des § 772 betreibt, das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortsetzt und unverzüglich nach der Beendigung des Verfahrens dem Bürgen anzeigt, daß er ihn in Anspruch nehme. Steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu, so wird er nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger ihm unverzüglich diese Anzeige macht.

Erfolgt die Anzeige rechtzeitig, so beschränkt sich die Haftung des Bürgen im Falle des Abs. 1 Satz 1 auf den Umfang, den die Hauptverbindlichkeit zur Zeit der Beendigung des Verfahrens hat, im Falle

des Abs. 1 Satz 2 auf den Umfang, den die Hauptverbindlichkeit bei dem Ablaufe der bestimmten Zeit hat.

E. II 716, RB. 761. — Prot. II S. 483—5.

1. Diese Sonderbestimmung lehnt sich an das Landrecht (I, 14, § 320) und das SächsGB. § 1697 an, s. Begründung in Prot. S. 485. Die Befreiung erfolgt mit Ablauf der bestimmten Zeit an sich von selbst; der Gläubiger kann sie aber hindern:

a) Wenn er das Verfahren gegen den Hauptschuldner „unverzüglich", d. h. ohne schuldhaftes Zögern, § 121, betreibt, ohne „wesentliche Verzögerung", und dem Bürgen die im Text angegebene Anzeige macht.

Der Ausdruck „ohne wesentliche Verzögerung" (s. dazu Weyl, Verschuldensbegriffe S. 25) trägt im Gegensatz zu „unverzüglich" einen durchaus objektiven Charakter; alle subjektiven Momente scheiden bei seiner Feststellung aus.

Ist die „Anzeige" rücknehmbar? S. darüber und dagegen Kipp, Berliner Festschrift für R. Koch, S. 118. Mit Recht: Die Rücknahme würde dem, vom Gesetzbuch nicht anerkannten einseitigen Erlasse gleich wirken. Die Anzeige hat einmal Rechtswirkungen gezeitigt, die der anzeigende Gläubiger nicht einseitig wieder hinfällig machen kann.

b) Falls dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zustand, genügt die bloße unverzügliche Mitteilung wie zu a).

Den Beweis dieser Tatsachen zu a—b muß der Gläubiger führen. Das ergibt sich aus dem Wortlaut „wenn nicht", wie aus dem Sinn; denn es handelt sich um Tatsachen, durch die ausnahmsweise das an sich wegfallende Recht erhalten bleibt.

Wegen des **Umfanges**, in dem die Haftung des Bürgen bestehen bleibt, enthält **Abs. 2** besondere Bestimmungen.

2. § 777 bezieht sich nur auf **Bürgschaften für bereits bestehende Verbindlichkeiten**, nicht auf Kreditbürgschaften. Möglich ist es freilich auch, daß man sich für künftige Verbindlichkeiten und zugleich auf bestimmte Zeit verbürgt, aber dabei wird die Meinung meist die sein, daß die Bürgschaft nur für künftige, innerhalb einer bestimmten Zeit zur Entstehung kommende Verbindlichkeiten, für diese aber auf unbeschränkte Dauer übernommen werde, s. näheres Bem. 3b zu § 765.

3. Daß im übrigen, bei gewöhnlichen Bürgschaften, der Gläubiger zur beschleunigten Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner dem Bürgen gegenüber nicht verpflichtet sei, ist schon zu § 776 festgestellt.

§ 778.

Wer einen andern beauftragt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem dritten Kredit zu geben, haftet dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des dritten als Bürge.

E. I 680, E. II 717, RB. 762. — Mot. S. 682—4, Prot. II S. 485—6.

Literatur: a) frühere: Rothenberg, ArchZivPrax. 77 323ff., Sokolowski, Die Mandatsbürgschaft, 1891, Geib aaO. S. 149ff.; b) neuere: Eccius bei Gruchot 46 55ff., Bendix, ArchBürgR. 20 155ff., O. Förster, Der Kreditauftrag, 1903, Lippmann, Iherings Jahrb. 48 315ff., Rinck, Dissert. Erlangen 1905, Weidemann, Zschr. f. HR. 53 429ff.

1. Der Kreditauftrag, mandatum qualificatum, unterstand nach Römischem Recht im allgemeinen den Regeln des Mandats und unterschied sich daher wesentlich von einer gewöhnlichen Bürgschaft. Die neueren Gesetzgebungen behandelten den Fall gleichfalls besonders, sahen darin aber meistens ein aus Momenten des Auftrages und der Bürgschaft gemischtes Geschäft, so Landrecht §§ 213ff., namentlich 216, SächsGB. §§ 1476ff.

Der Entw. I hatte vorgeschrieben, es solle das nach Annahme des Auftrages „aus dem Vertrage entstehende Rechtsverhältnis" ganz als Bürgschaft behandelt werden. Entw. II ist dagegen wieder, in Anlehnung an das Sächsische Recht, zum „gemischten System" zurückgekehrt.

2. Die Behandlung im einzelnen:

a) **Zunächst liegt ein Auftrag vor**, und nach dessen Regeln bestimmen sich die Fragen der Form, der Kündigung, Widerruflichkeit, die Zulässigkeit einer Klage auf Ausführung, auch die Pflicht zur Erstattung der Kosten.

Ist dem Kreditgeber, wie häufig, für die Kreditgewährung eine Provision versprochen, so liegt zwar kein Auftrag im engeren, technischen Sinne vor, wohl aber ein Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 („entgeltlicher Auftrag", Lenel), auf den fast alle hier interessierenden Auftragsregeln mit Ausnahme nur des Widerrufs- und Kündigungsrechts anwendbar sind. Diese Auffassung, die den noch nicht ausgeführten Kreditauftrag als einen wirklichen Auftrag bezw. als ein entgeltliches auftragsartiges Geschäft erachtet, ist die vorherrschende, dafür u. a., in verschiedenen Ausprägungen, Bendix S. 163, Crome § 299 Nr. 2, Rinck S. 14, Weidemann S. 443, 453—4, besonders auch RG. ZS. III vom 31. I. 1902, Bd. 50 Nr. 34 S. 160ff. und ZS. VI vom 5. XI. 1902, Bd. 56 Nr. 32 S. 130ff. S. auch RG. im SächsArch. 14 59ff.

Ihr entgegen stehen aber auch abweichende Konstruktionen:

α) Eccius sieht im Kreditauftrag nichts als eine Verbürgung für eine künftige Verbindlichkeit, deren Zustandekommen vom freien Belieben der Parteien (des Gläubigers und Schuldners) abhängt, S. 62. Ähnlich Lippmann mit ausführlicher, aber m. E. nicht durchschlagender Begründung.

β) Förster identifiziert ihn einfach mit dem Garantievertrag S. 117; er soll sich von den sonstigen Garantieverträgen nur durch größere Spezialisierung unterscheiden; man verspricht Schadloshaltung nicht wegen eines Gesamtunternehmens wirtschaftlicher Natur, sondern nur gerade wegen der aus einem bestimmten Rechtsverhältnis drohenden Nachteile (S. 118, 208). Das Wort „Auftrag" im Text bezeichne nur den tatsächlichen Hergang, nicht die Rechtsnatur des Geschäftes (S. 186—8); ebenso wie das Wort „Bürge" nicht auf ein technisches Bürgschaftsverhältnis hinweise (S. 190). Überhaupt stehe gar kein, zum Auftrag notwendiges, Geschäft des „Auftraggebers" in Frage, S. 194. Förster hält folgerecht die Regeln des Auftrags für unanwendbar; auch die Haftung des „Auftraggebers" als Bürge müsse hinter einer gegenteiligen Willensrichtung zurückstehen (S. 202); soweit das Gesetz nichts abweichendes vorschreibe, gilt für das Geschäft überhaupt nur das Recht des Garantievertrags.

Von diesen Auffassungen ist die von Förster jedenfalls abzulehnen (s. dagegen ausführlich Rinck, S. 24ff.); sie kann, von anderem abgesehen, die wohl regelmäßigen, keinenfalls seltenen Fälle nicht erklären, in denen der Mandant nach dem Wortlaut oder Sinn des Vertrages einen Anspruch auf die Kreditgewährung an den dritten erlangen soll. Nur wo solcher Anspruch fehlt, ist nach der insoweit zutreffenden Meinung Försters ein Garantievertrag anzunehmen, da ein Auftrag ohne Ausführungspflicht allerdings ein Widerspruch in sich sein würde. Unrichtig ist es andererseits, daß der Kreditauftrag ein unwirksames mandatum tua gratia darstelle; er ist mindestens ein solches tua et aliena gratia, dient aber vielfach, ja wohl meistens (so auch Weidemann) auch dem eigenen Interesse des Auftraggebers (z. B. dieser ist dem dritten aus besonderem Grunde zur Kreditverschaffung verpflichtet, steht mit ihm in verwandtschaftlichen Beziehungen, würde durch dessen Konkurs in Mitleidenschaft gezogen usw.).

Das Gesagte gilt teilweise auch gegen Eccius (s. wider ihn auch RG. 56 137ff. cit.). Ihm ist nur zuzugeben, daß manche Fälle, wo auf den ersten Blick ein Kreditauftrag vorzuliegen scheint, sachliche Verschiedenheiten von der gewöhnlichen Verbürgung für eine künftige Verbindlichkeit nicht aufweisen und daher ihr gleichzustellen sein dürften. Das sind alle Fälle, in denen dem „Auftraggeber" ein Widerrufsrecht nicht zusteht. Sie scheidet als unentgeltliche nach dem oben zu § 671 Gesagten überhaupt aus dem Gebiete des Auftrages aus, und wenn das auch nach § 675 beim entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag nicht der Fall zu sein braucht, so ist doch auch hier mit dem Widerrufsrecht das Charakteristikum entschwunden, wodurch das Geschäft sich von der Bürgschaft abhebt. Mit Recht hat daher auch das OLG. Marienwerder vom 21. IV. 1903, Rspr. VIII S. 84 und vom 15. I. 1904, Rspr. IX S. 13 (Seuffert Bd. 59 Nr. 255 S. 445) die Grenze zwischen Kreditauftrag und Bürgschaft nach dem Vorhandensein oder Fehlen der Widerruflichkeit gezogen.

Das Geschäft ist somit Garantievertrag, wenn der Kreditgeber nicht zur Kreditgewährung verpflichtet ist; Bürgschaft, wenn der „Auftraggeber" sich unwiderruflich zum Einstehen für die aus der Kreditgewährung entstehende Schuld verpflichtet hat; Auftrag, wenn einerseits der Kreditgeber zur Kreditgewährung (vorbehaltlich seines Kündigungsrechts) aus § 671) verpflichtet ist, andererseits der Auftraggeber nur vorbehaltlich seines Widerrufsrechts gebunden ist. Vorausgesetzt wird dabei, daß es sich um eine erst künftig zu begründende Forderung des Kreditgebers gegen den dritten handle; liegt diese bereits bei der Auftragserteilung fertig vor, so haftet der „Auftraggeber" ja bereits nach dem Text von vornherein als Bürge, und ein Unterschied von der Bürgschaft ist auch sonst nicht ersichtlich (so auch OLG. Marienwerder bei Seuffert aaO.).

Richtig ist, daß der Kreditauftrag gegenüber dem gewöhnlichen Auftrag verschiedene Besonderheiten aufweist. Da die meisten Auftragsregeln dispositiv sind, ist anzunehmen, daß sie nicht zur Anwendung kommen, soweit ihre Anwendung den besonderen Zwecken des Kreditauftrags widersprechen würde. Dahin gehören besonders die Bestimmungen des § 669 (Vorschußpflicht), sowie auch wohl die über die Herausgabe- und Ersatzpflicht (s. Weidemann S. 463ff., Rinck S. 38). Auch die passive Unvererblichkeit des Auftrages (§ 673) dürfte hier im Zweifel unanwendbar sein, Rinck S. 39ff.

Übrigens aber gelten die allgemeinen Auftragsregeln, so in Bezug auf die Sorgfaltspflicht des Geldgebers (Weidemann S. 471), ferner in Bezug auf Kündigung und Widerruf (Weidemann S. 468ff.). Solange der Auftrag aber nicht gekündigt ist, besteht auch ein Anspruch auf Ausführung. Dieser geht nicht auf Abschluß des Kreditgeschäftes — wozu der Kreditgeber für sich allein nicht imstande ist — sondern nur zur Abgabe einer dazu tauglichen Erklärung, so treffend Weidemann S. 439. Aber, wie Rinck S. 36 richtig bemerkt, beschränkt er sich nicht darauf; die Ausführung des Auftrags besteht nicht nur in der einmaligen Krediteröffnung, sondern auch in Durchführung und Vollendung des Kreditgeschäfts sowie in fortdauernder Beobachtung der dazu erforderlichen Diligenz.

Das hier gewonnene Ergebnis ist wichtig wegen der Form. Der eigentliche, widerrufliche Kreditaufschlag ist formlos, während der materiell als Bürgschaft zu erachtende unwiderrufliche dem Formzwang nach § 766 unterworfen ist. So auch die herrschende Lehre, RG. 50 Nr. 34 S. 160ff., dann Schollmeyer S. 171; Staudinger Nr. 3; Weidemann S. 461, selbst Eccius S. 63, m. E. nach seiner Grundidee kaum folgerecht. Gegen die Form spricht auch die Erwägung, daß § 766 nur die Verpflichtungserklärung formgebunden sein läßt, während im Fall des § 778 die Bürgschaftshaftung gar nicht als Folge einer Verpflichtungserklärung, sondern nur als gesetzliche Folge der vollzogenen Kreditgewährung eintritt. Die Formlosigkeit muß natürlich erst recht im Fall des mit einer Pflicht zur Kreditgewährung gar nicht verbundenen Garantievertrages eintreten (s. oben), da er dem Kreditauftrag gegenüber nur eine schwächere Rechtswirkung hervorruft.

b) Ist in Verfolg des Auftrages **die Verbindlichkeit** des dritten Kreditsuchers **entstanden, so haftet der Auftraggeber für dieselbe** als Bürge, s. auch Prot. S 486. Damit ist nicht gesagt, daß das Verhältnis geradezu Bürgschaft werde, s. die insoweit zutreffende Erörterung von Förster (oben litt. a, β). Das Gesetz läßt vielmehr nur die Pflichten des Auftraggebers nach einer bestimmten Richtung hin bürgschaftsartige sein — wichtig z. B. wegen des Umfanges der Erstattungspflicht, der sich somit nicht nach Auftragsregeln bestimmt, Weidemann S. 476 — ohne das Verhältnis übrigens zu einer wirklichen Bürgschaft zu erklären.

Zweifelhaft ist daher auch, ob der Auftraggeber, wie die Pflichten, so auch die Rechte des Bürgen habe, insbesondere die Gerechtsame aus § 774. Dafür Dernburg § 291, II a. E., Crome § 299 Nr. 3b, Eccius S. 64, Rinck S. 49. Anders Cosack § 159, I. Die Anhänger der bejahenden Ansicht meinen, der Auftraggeber würde ohne das Recht des § 774 schärfer als ein Bürge haften, nämlich ohne Subrogation leisten müssen, während ihn das Gesetz doch nur wie einen solchen haften lasse. Das scheint mir in der Tat durchschlagend. Aber daraus folgt nicht, daß das Auftragsverhältnis zwischen den Parteien übrigens ausgelöscht wäre; nur dem Kreditnehmer gegenüber bekommt der Auftraggeber die Bürgenrechte, dem Kreditgeber gegenüber behält er seine Stellung und Rechte als Mandant; sie ihm zu nehmen, dazu berechtigen uns weder äußere noch innere Gründe.

c) Kommt keine gültige Verbindlichkeit zustande, z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit des dritten, so kann der Kreditgeber wieder als Beauftragter Anspruch auf Ersatz der unnütz aufgewendeten Vertrags- und sonstigen Kosten erheben, s. **Schollmeyer** S. 170, **Unger** in Iherings Jahrb. **33** 305.

Neunzehnter Titel.

Vergleich.

Vorbemerkung.

Literatur: Risch, Die Lehre vom Vergleich, 1855; Sturm, Die Lehre vom Vergleiche nach Gemeinem und Preußischem Rechte, 1889; Oertmann, Der Vergleich im Gemeinen Zivilrecht, 1895. Zum neuen Recht: Hedemann, Vergleichsirrtum, 1903; Sellner, Bl. f. RA. 69 28ff.; Rietsch, Der besondere Voraussetzungstatbestand beim Vergleich, 1906.

1. **Stellung im System:** Das BGB. hat den Vergleich (transactio, tit. Dig. II, 15) in Übereinstimmung mit den maßgebenden Pandektenlehrbüchern von Windscheid und Dernburg (anders allerdings Bekker und Regelsberger) im besonderen Teil des Rechtes der Schuldverhältnisse behandelt, obwohl er sich nicht nur auf obligatorische Rechtsverhältnisse beschränkt. Dies um deswillen, weil dem Vergleich überall „ein obligatorischer Charakter" innewohnt, weil „die transactio eine besondere individuelle causa enthält: die Beseitigung der gegenwärtigen Ungewißheit, und zwar die Beseitigung gegen Entgelt", Oertmann S. 44; eine causa, die den vergleichsweise vollzogenen Leistungen erst die juristische Rechtfertigung, den die Bereicherungsansprüche wegen fehlenden Rechtsgrundes ausschließenden Halt verleiht.

2. **Begriffsbestimmung:** Nach dem Muster der bisherigen Gesetzgebungen, so des Landrechts I, 16, § 405, des Code Art. 2044, SächsGB. § 1409, hat auch das BGB. den Begriff des Vergleiches in den Gesetzestext aufgenommen. Diese Legaldefinition ist insofern nicht ganz unbedenklich, als sie ein „gegenseitiges Nachgeben" fordert, obwohl doch die bisherige Rechtsprechung und Literatur immer Vergleiche zugelassen hat, in denen das streitige Rechtsverhältnis einfach anerkannt, oder umgekehrt darauf verzichtet wurde, gegen eine anderweite Abfindungsleistung des durch diesen Dispositivakt begünstigten Kontrahenten.

Es ist indes anzunehmen, und wird zum Überfluß von den Protokollen S. 525 bestätigt, daß auch das BGB. das nicht hat ändern wollen, daß mit dem Nachgeben nicht nur ein solches in bezug auf das streitige Rechtsverhältnis gemeint ist, sondern nur ein gegenseitiges Nachgeben überhaupt, wenn auch durch eine mit jenem inhaltlich gar nicht zusammenhängende Konzession. Nur das wird erfordert, daß die Ungewißheit durch irgendwelche beiderseitige Leistungen beseitigt wird, daß die Abrede insofern entgeltlich sei. Sonst liegt, mag die Abrede auch äußerlich so genannt sein, in der Sache kein Vergleich vor, sondern einfaches Anerkenntnis oder Verzicht, unter Umständen zugleich eine Schenkung, s. l. 1 D. II, 15. Anders zu Unrecht jetzt Rietsch S. 87ff.

Andererseits macht das beiderseitige Nachgeben das Geschäft selbst dann zum Vergleich, wenn die Parteien es nicht so genannt, sondern die der einen von der andern gewährte Abfindung als „Liberalität" oder ähnlich bezeichnet haben. Die Schenkungsregeln sind auf solche Fälle somit unanwendbar, RG. vom 26. IX. 1904 bei Seuffert 60 Nr. 146 S. 276.

3. a) Ob das zu vergleichende Rechtsverhältnis **streitig**, oder nur irgendwie, sei es auch nur in ökonomischer Beziehung, **ungewiß** sein müsse, war in der bisherigen Doktrin bestritten. Entsprechend der schon bisher im ganzen herrschenden (s. Oertmann aaO. §§ 10—12 und die dort zitierten) und richtigen Lehre — dagegen freilich Risch, Bekker und in extremer Weise für den „echten Vergleich" Sturm — wird nach dem BGB. kein streitiges Rechtsverhältnis als Grundlage des Vergleiches erfordert; es genügt vielmehr ein bloß **ungewisses**, und daß darunter selbst ein bloß **ökonomisch**, in seiner Verwirklichung ungewisses zu begreifen sei, wird von **Abs. 2**

besonders betont. Auch der sogen. **Akkord** also, einerlei, ob im Konkurse oder außerhalb desselben vollzogen, ist im Sinne des BGB. Vergleich. Auch das ist einerlei, ob sich die Ungewißheit auf die Existenz des Rechtsverhältnisses beziehe, oder nur auf seinen Umfang, Inhalt, Leistungsort oder -zeit, auf das Vorhandensein einer Einrede (RG. bei Gruchot 47 936) usw.

b) Die erforderte Ungewißheit muß überall nur eine **subjektive** sein; eine **objektive** ist zum Vergleich weder erforderlich noch ausreichend, s. Oertmann S. 51 ff. Der Vergleich wird also dadurch nicht ausgeschlossen oder hinfällig, daß die Sache vom Standpunkt des unbefangenen Beurteilers bereits geklärt ist, oder daß durch nachträgliche Klärung der Sachlage (etwa „propter instrumenta postea reperta", l. 19, 29 C. II, 4) die Ungewißheit auch für die Vergangenheit als objektiv nicht vorhanden aufgehellt wird. Andererseits ist wegen der möglichen Unbeweisbarkeit und Undurchführbarkeit eine subjektive Ungewißheit auch da vorhanden, wo jede Partei ihren Rechtsanspruch als einen subjektiv gewissen behauptet. Für das BGB. folgt die Richtigkeit dieser von Bülow (ArchZivPrax. 83 83 ff.) und Geib (Kritische Vierteljahrsschr. 38 161 ff.) zu Unrecht bestrittenen Meinung unmittelbar aus dem Wortlaut; „die Ungewißheit der Parteien". Wie hier Kuhlenbeck Nr. 1, Dernburg § 202, I, 1, Hedemann S. 63, Rietsch S. 40 ff., Sellner aaO., ebenso RG. 30. I. 1901 bei Gruchot 45 366. Vermittelnd, im Grunde gleichfalls nur für subjektive Ungewißheit Endemann § 193 Anm. 11.

Nur in folgendem Sinne ist das Erfordernis der objektiven Ungewißheit aufzustellen: sind die Parteien in subjektiver Unkenntnis von der objektiv bereits völlig klaren und ohne jede weitere Untersuchung entscheidungsreifen Sachlage, so kann darin ein nach § 779 beachtbarer Irrtum liegen. Mit andern Worten: Objektive Ungewißheit ist zwar kein begriffliches Vergleichserfordernis, kann aber möglicherweise als feststehende Tatsache dem Vergleiche zugrunde gelegt sein. Das ist besonders da anzunehmen, wo die Parteien sich in Unkenntnis eines inzwischen bereits über ihre Streitsache gefällten (rechtskräftigen) Urteils vergleichen.

4. Einer besonderen **Form** ist der Vergleich als solcher nicht unterworfen; es kommt auf die Rechte an, über die darin disponiert wird. In einem Fall — beim Schuldversprechen und -anerkenntnis — bewirkt die unterliegende causa des Vergleiches sogar eine Abmilderung der sonstigen Geschäftsform.

5. Die Voraussetzungen **der Legitimation** zum Vergleiche sind die gewöhnlichen; besonderes gilt nur von den Vergleichen des Vormundes, §§ 1822 Nr. 12.

Ebensowenig sagt das Gesetz über Art und Umfang der Wirkungen des Vergleiches in subjektiver und objektiver Beziehung und, von der Bestimmung des § 779 über den Irrtum dabei abgesehen, von den Willensmängeln bei seinem Abschluß. Überall kommt es auf die Auslegung des konkreten Falles an unter Berücksichtigung der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen. Insbesondere steht danach einem Vergleich zugunsten dritter nichts im Wege, Oertmann S. 107 ff.

6. Über die **Zulässigkeit des Vergleiches** hat das BGB. nichts besonderes bestimmt; es kommt also lediglich darauf an, ob und inwieweit das Verhältnis den Parteidispositionen untersteht. Das gilt namentlich auch von Vergleichen über Antragsdelikte; sie sind statthaft, soweit sie nicht ausnahmsweise den Charakter eines unsittlichen oder verbotenen Geschäftes annehmen (§§ 134, 138, 309 BGB.), können aber im Strafverfahren dem trotzdem gestellten Strafantrag nicht entgegengestellt werden, da das StGB. eine private Abmachung als Grund des Wegfalls des Antragsrechtes nicht kennt, Dernburg Privatrecht I § 83 No. 1. Unzulässig sind aber natürlich Vergleiche über noch zu begehende Delikte, l. 27 § 4 D. 2,14, und bei solchen über von Amts wegen zu verfolgende fehlt es an dem Erfordernis eines „gegenseitigen Nachgebens", da der Verletzte hier nichts aufgibt. Dagegen sind Vergleiche über die privaten Ersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen allgemein statthaft.

7. Von den **besonderen Beschränkungen** der Vergleiche im Römischen Recht (s. Oertmann S. 198 ff.) ist:

a) Die des Vergleichs post rem iudicatam im BGB. **nicht wiederholt**. Die Frage, ob man sich über die Rechtskraft des Urteils vergleichsweise hinwegsetzen kann, ist damit nicht entschieden und aus öffentlich-rechtlichen Rücksichten schwerlich zu bejahen (s. Bülow aaO.) — das Nähere gehört in die Materie des Zivilprozesses. Dagegen ist eine vergleichsweise Regelung der Erfüllung **eines Urteils** fortan allgemein zulässig. S. auch Nr. 4 zu § 779.

b) Die römische Formvorschrift beim Alimentenvergleich ist als solche gleichfalls beseitigt; jedoch geht das BGB. in der Sache zum Teil noch weiter, indem es Abmachungen aller Art, also auch Vergleiche, über die dem Verwandten und Ehegatten zustehenden Unterhaltsansprüche überhaupt nur in sehr beschränkter Weise wirksam sein läßt, s. §§ 1360 Abs. 3, 1614, 1714 und Bem. dazu.

c) Die dem Römischen Recht fälschlich zugeschriebene Beschränkung des Vergleiches ante apertas tabulas testamenti ist völlig beseitigt.

8. Zweifelhaft ist das Verhältnis des zivilrechtlichen zum Prozeßvergleich, s. dazu besonders Paul, Der Vergleich im ZP. 1898; Kretschmar, Der Vergleich im Prozesse, 1896; Hedemann, S. 67ff., Wolf, ArchZivPrax. 88 291ff. Die vielfach, besonders von Paul, auch von Hedemann S. 78 bejahte Frage, ob der Prozeßvergleich ein materiell weiteres Gebiet umspanne als der zivilistische Vergleich, ist schwierig und ohne tiefes Eingehen auf prozeßrechtliche Fragen nicht befriedigend zu lösen. Ein zwingender Grund für die behauptete Erweiterung scheint mir bisher nicht beigebracht; jedenfalls bedarf die Frage noch weiterer Nachprüfung.

§ 779.

Ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird (Vergleich), ist unwirksam, wenn der nach dem Inhalte des Vertrags als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde.

Der Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis steht es gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist.

E. I 666—7, E. II 718, RV. 763. — Mot. S. 649—57; Prot. S. 519—27, VI S. 198.

Zu dem in der Vorbem. Gesagten ist nur noch folgendes zu ergänzen.

1. Das vom Gesetze geforderte „**Nachgeben**" kann sich beziehen:

a) beiderseits auf **das Streitverhältnis selbst**; es wird zum Teil anerkannt, zum Teil darauf verzichtet. Der Vergleich ist dann eine synallagmatische Vereinigung von Anerkenntnis oder besser Feststellungsvertrag (s. Bem. 2a zu § 781) und Erlaß (397). Oder auch, es wird ganz anerkannt gegen Bewilligung einer bloßen Stundung.

b) im streitigen Verhältnis gibt der eine Teil ganz nach, sei es durch Anerkenntnis, sei es umgekehrt durch Verzicht (Erlaß), unter Empfang einer irgendwie gearteten **Abfindungsleistung**, die so mannigfach sein kann, wie überhaupt die Arten vermögenswerter Leistungen.

Der Vergleich ist überall ein **gegenseitiger** Vertrag und es sind dafür, namentlich wegen Unmöglichkeit der einen Leistung, Verzuges damit usw., die allgemeinen Regeln der §§ 320ff. maßgebend.

Wegen rechtlicher oder faktischer Mängel der Abfindungsleistung finden die Sätze des Kaufes gemäß §§ 445, 493 entsprechende Anwendung. Dagegen steht dem Abfindenden wegen einer Entwehrung oder eines rechtlichen oder faktischen Mangels der Sache, auf die sein Gegner vergleichsweise Verzicht geleistet hat, im allgemeinen ein Anspruch nicht zu, s. Oertmann S. 186ff.

2. Besonderes bestimmt § 779 über **den Irrtum beim Vergleiche**. Man muß hier scheiden:

a) der gewöhnliche Geschäftsirrtum (über den Inhalt der Erklärung, die Person des Gegners) ist beachtsam nach den allgemeinen Regeln der §§ 119ff. So auch Hedemann S. 115.

b) der Irrtum über einen Umstand, der nach dem Vergleiche als streitig oder ungewiß angenommen war und dadurch aufgeklärt werden sollte, kann natürlich der Gültigkeit des Vergleiches nicht entgegenstehen, s. Mot. S. 654, Oertmann S. 235—6.

c) anders steht es mit dem *Irrtum über solche Punkte, die nach dem Inhalte des Vertrages als feststehend der Abmachung zugrunde gelegt* wurden, z. B. X zahlt dem vermeintlichen Erben Y seines Schuldners vergleichsweise für die Anerkennung der Schuld eine Abfindungssumme; nachher stellt sich heraus, daß nicht Y, sondern Z der Erbe war.

In solchem Fall soll nach § 779, der dem richtig verstandenen (s. *Oertmann* S. 236 ff.), wennschon außerordentlich bestrittenen, römischen Rechte im wesentlichen entsprechen dürfte, **der Vergleich „unwirksam" sein**, „wenn der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde". S. dazu jetzt die ausführliche Erläuterung bei *Hedemann* S. 85 ff., *Rietsch* S. 59 ff. Im einzelnen gilt folgendes:

α) Es muß sich handeln um den nach dem *Inhalt des Vertrages* zugrunde gelegten Sachverhalt. Die Absichten, Vorstellungen, Voraussetzungen der einen oder der andern Partei sind für sich unerheblich.

β) Es muß sich handeln um den als *feststehend* zugrunde gelegten Sachverhalt. Damit ist der Gegensatz aufgestellt zu dem, was für die Parteien streitig oder doch ungewiß war und erst durch den Vergleich dieser Ungewißheit enthoben werden sollte, s. *Hedemann* S. 88.

γ) Es muß sich handeln um einen, „streitausschließenden" Umstand (*Hedemann* S. 88 ff.). *Hedemann* betont mit Recht, daß es nicht darauf ankomme, ob bei Kenntnis der Sachlage überhaupt kein Streit, sondern nur darauf, ob alsdann kein Streit gerade unter *diesen Parteien* entstanden wäre (wennschon möglicherweise unter anderen Personen z. B. zwischen dem Prätendenten einer Grundgerechtigkeit und dem wirklichen Grundeigentümer statt mit dem als Vergleichsgegner aufgetretenen Pseudoeigentümer).

Das Moment zu γ) ist im Gegensatz zu den beiden vorausgehenden ein *objektives*, *Hedemann* aaO. Irrtümer über bloße Eigenschaften der umstrittenen Sache werden vielfach den Anforderungen zu γ) nicht genügen und können insofern höchstens nach allgemeinen Gesichtspunkten beachtet werden, s. *Hedemann* S. 114 (mit guten Beispielen auf den vorhergehenden Seiten).

In der Bestimmung des § 779 liegt nach alledem nicht eine ausnahmsweise Anerkennung des Irrtums im Motiv oder der „Voraussetzung" im (angeblichen) Sinne *Windscheids*; die Unwirksamkeit hat vielmehr ihren Grund darin, daß mit jenem „zugrunde gelegten Sachverhalt" der *ganze objektive Zweck* der Abrede hinfällig geworden ist, s. *Lenel*, ArchZivPrax. 79 80 ff.

3. Die „Unwirksamkeit" bedeutet *Nichtigkeit* des Vergleiches; er ist für diesen Fall als gar nicht geschlossen anzusehen. Die einzelnen darin vollzogenen selbständigen abstrakten Rechtsakte (Anerkenntnis, Erlaß, Übereignung) werden natürlich durch diesen Wegfall ihres Rechtsgrundes nicht nichtig, unterliegen aber der Beseitigung nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung, §§ 812 ff. S. auch unten Bem. 2a zu § 781.

4. Schwierig und zweifelhaft ist die Behandlung des Vergleiches nach rechtskräftigem Urteil, s. dazu *Hedemann* S. 118 ff., *Schwartz*, Berliner Festgabe für *Dernburg* S. 309 ff.

Man muß scheiden:

a) Der Vergleich ist *bewußt* zur Aufhebung des Urteils geschlossen. Das geht nicht an vom Standpunkt der absoluten Rechtskraft aus, s. *Bülow*, ArchZivPrax. 83 1 ff., 76 ff., und wenn es ginge, wäre die Abrede mangels vorliegender subjektiver Ungewißheit keinenfalls ein wahrer Vergleich.

b) Anders, soweit das Urteil noch Ungewißheit übrig läßt und der Vergleich lediglich ihrer Beseitigung dienen soll, z. B. das Urteil legte dem Beklagten Rentenleistungen unbestimmter Dauer auf. Hier steht einem wirksamen Vergleich, der alsdann die Rechtskraft keineswegs antastet, natürlich nichts im Wege. S. auch *Enneccerus* S. 780.

c) Dasselbe gilt von dem — freilich seltenen — Fall, wo die Existenz des Urteils selbst wirklich ungewiß ist.

Anders aber möglicherweise, wenn die Parteien von der positiven Überzeugung ausgingen, es liege noch kein Urteil vor, und diese Überzeugung sich als falsch erweist, z. B. sie hatten die Anwälte instruiert, im nächsten Termine nicht zu verhandeln; infolge Verlustes oder Mißverständnisses der Instruktion hatten die Anwälte sich nicht darum gekümmert und die Sache zur Entscheidung gebracht, ohne daß dies den

Parteien beim Vergleichsschluß kund geworden war. In solchen Fällen kann man sagen, daß die Parteien das Fehlen eines Urteils ihrer Vereinbarung „als feststehend zugrunde gelegt hatten". Allerdings wäre die Ungewißheit, weil schon vor dem Urteil vorhanden, nicht, wie § 779 wörtlich genommen verlangt, „bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden", aber wohl wäre sie durch diese Kenntnis ohne weiteres beseitigt. Das muß zur Anwendbarkeit der Vorschrift genügen; bei sinngemäßer Auslegung des § 779 kann es nur darauf ankommen, daß die Ungewißheit durch Kenntnis der Sachlage **ausgeschlossen** sein würde; ob sie dadurch von vornherein in der Entstehung gehindert oder als zunächst entstandene nachträglich wieder beseitigt worden wäre, kann einen Unterschied nicht begründen. Der hier unterstellte Fall ist somit nach § 779 zu behandeln. Wenn **Schwartz** S. 330 in allen Fällen, wo die Parteien gar nicht an die Eventualität des Urteils gedacht hatten, den Vergleich bindend sein läßt, so kann ich dem nicht unbedingt folgen. Wer gar nicht an jene Eventualität denkt, mit ihr nicht rechnet, der legt eben den — doch normalen — Zustand der Urteilslosigkeit in der Regel ohne weiteres seiner Vereinbarung als feststehend zugrunde. Anders auch **Türcke-Riedenführ** Nr. 4, wie hier dagegen **Enneccerus** S. 780, **Hedemann** S. 122, **Staudinger** Nr. III, 2a.

— —

Zwanzigster Titel.

Schuldversprechen. Schuldanerkenntnis.

Vorbemerkung.

Literatur: Wegen der älteren s. die Angaben bei **Windscheid** § 412a a. A., hervorzuheben **Bähr**, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 1855, Aufl. 3, 1894; **Unger** in Jherings Jahrb. **8** 179ff., **Bruns**, Zeitschr. f. Rechtsg. **1** 28ff., **Buhl**, Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrag, 1875; **Kindel**, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, 1892 (mit vielfach anfechtbaren Ergebnissen). Neuere: **Klingmüller**, Schuldversprechen und -anerkenntnis, 1903, **M. Rümelin**, ArchZivPrax. **97** 211ff. (besonders beachtenswert). — Allgemein zu den abstrakten Verträgen: **Ackermann** bei Gruchot **44** 573ff., **Neubecker**, ArchBürgR. **22** 34ff., **Neumann** bei Gruchot **45** 503ff., **Oertmann**, Österr. Allg. GerZ. **97** 253ff., **v. Tuhr**, Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen, 1903 (aus Straßburger Festschrift für Schultze); **Stampe**, Zeitschr. f. HR. **55** 387ff.; **Wienstein** bei Gruchot **48** 477ff. Manches auch bei **Hegler**, Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis, 1903, und **Pagenstecher**, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, 1905.

1. **Allgemeines; bisheriges Recht:** Das BGB. hat das Institut des abstrakten Schuldversprechens und -anerkenntnisses aufgenommen und damit für sein Gebiet eine der berühmtesten Streitfragen des bisherigen Gemeinen, Preußischen und Französischen Rechts (s. die Angaben in den Mot. S. 689 No. 1) entschieden, wie schon vor ihm in ähnlicher Weise (hier selbst ohne das Erfordernis der Schriftform) das SächsGB. §§ 1347ff. und der Dresdener Entwurf Art. 122ff., s. auch HGB. Art. 301 Abs. 2 wegen der kaufmännischen Verpflichtungsscheine. Im Gemeinen Recht knüpfte sich die Auffassung von der Anerkennung als einem selbständigen Verpflichtungsgrunde an den Vorgang von **Bähr**; unter dem Gesichtspunkte einer darin liegenden konstitutiven Anerkennung hat er insbesondere auch die Wirksamkeit eines einfachen abstrakten Schuldscheines und -versprechens behauptet, während **Windscheid** § 412b auf Grund der l. 25 § 4 D. 22,3 und l. 13 C. 4,30 wenigstens eine Angabe des Schuldgrundes „im allgemeinen" für erforderlich erachtet. Für das Preußische Recht verteidigte **Dernburg** (Privatrecht II § 15) gegenüber **Eccius** I § 76 die Gültigkeit **schriftlicher** abstrakter Schuldversprechen, so auch RG. 2 S. 337, 26 S. 77.

Das BGB. hat sich diesen neueren Anschauungen, trotz einzelner rechtspolitischer Bedenken und trotz des lebhaften Widerspruches einiger Schriftsteller, wie **Kindel**, angeschlossen (s. die Gründe in den Mot. S. 782). Indessen fordert es zur Vermeidung übereilter und bedenklicher Versprechen zwar nicht für den ganzen Vertrag, aber wenigstens für die Erteilung des Versprechens die Schriftform, Ausnahmen in

§ 782, andererseits aber auch in § 518. Es läßt nebeneinander und in selbständiger Ausprägung Schuldversprechen (§ 780) und Schuldanerkenntnis (§ 781) zu und geht damit wenigstens theoretisch noch über Bähr hinaus, indem es bei jenem den wenig paßlichen Krückstock der Anerkennung über Bord wirft.

2. **Die Unterschiede von Schuldversprechen und -anerkenntnis** sind im Grunde nur äußerlicher Art:

a) **Im Schuldversprechen** nimmt der Versprechende nicht auf eine Schuld als eine bereits bestehende Bezug, sondern verpflichtet sich auch formell selbständig zu einer Leistung („ich verspreche dem Y 100 zu zahlen, X").

b) **Im Anerkenntnis dagegen** nimmt der Aussteller auf eine, angeblich bereits bestehende, Schuld Bezug und verspricht dieselbe zugleich zu zahlen. („Ich bekenne, dem Y aus einem empfangenen Darlehen 100 zu schulden und verpflichte mich, dieselben pünktlich zurückzuzahlen. X".)

Der Unterschied ist praktisch, aber auch theoretisch flüssig, sodaß eine verschiedene Behandlung sich als untunlich erweist. Denn einmal wird auch im Anerkenntnis auf die „anerkannte" alte Schuld häufig nur in ganz allgemeiner Weise Bezug genommen, sodaß von einer, im strengen Sinn einer Anerkennung notwendigen, Individualisierung nicht die Rede sein kann. Zum andern ist doch auch die Anerkennung, indem sie gerade vorausgesetztermaßen die etwaigen Mängel der alten Schuld aus der Welt zu schaffen bestimmt ist, der eigentliche Dispositivakt, und warum soll ein solcher nicht auch ohne eine solche, im Grunde bloß fiktive, Anlehnung an die doch inkorrekte alte Schuld gültig geschaffen werden können? S. auch Mot. S. 690: „Es ist unmöglich, solche feine Unterschiede in der Ausdrucksweise bei einer für den Verkehr so eminent wichtigen Materie zu verwenden, ohne daß dadurch die größten praktischen Übelstände für den Verkehr herbeigeführt würden."

Endlich kann — und wird häufig — auch ein in der Form eines abstrakten Schuldversprechens auftretendes Versprechen sachlich die Bedeutung eines auf eine wirkliche oder vorgestellte alte Schuld bezogenen Anerkennungsaktes besitzen. So kommt nach alledem Rümelin S. 270 mit Recht dazu, den Unterschied als einen nur formellen zu bezeichnen.

3. Soweit die abstrakten Akte der §§ 780 ff. sich in Wahrheit auf eine vorausgehende Verbindlichkeit beziehen, taucht die Frage nach ihrer Einwirkung auf deren Bestand auf. Tritt das Versprechen neben die alte Schuld oder an ihre Stelle; wirkt es akzessorisch oder novatorisch?

Die Antwort muß, und zwar gleichmäßig für beide ja nur formell verschiedene Akte unseres Titels, im ersten Sinne lauten. Schon das jüngste Römische Recht verwarf bekanntlich eine Vermutung für den animus novandi, und es ist nicht anzunehmen, daß das BGB. zu dem formalistischen Standpunkt früherer Zeiten habe zurückkehren wollen. Das Verhältnis ist also im Zweifel so, daß die neue Verbindlichkeit neben die alte tritt, beide bis zur vollzogenen Erfüllung konkurrierend nebeneinander stehen. So auch die allgemeine Meinung, z. B. Dernburg, § 90, I (anders nur für die Abrechnung), Enneccerus S. 786. Denkbar ist freilich auch, daß das Anerkenntnis nur den Zweck verfolgt, ergänzend zu der alten Schuld hinzuzutreten, indem es das hinzufügt, was etwa bisher zu deren Vollgültigkeit fehlte. Aber das ist dann kein Anerkenntnis im strengen Sinne, sondern ein bloßer Feststellungsvertrag, s. Bem. 2 zu § 781.

Bei der Abrechnung allerdings wird wegen ihrer typischen Zwecke mit Dernburg, Kober-Staudinger zu § 782, I 2c und besonders Regelsberger (s. Bem. 1a zu § 782) eine novatorische Wirkung anzunehmen sein.

4. Schuldversprechen und -anerkenntnis sind nach dem BGB. **abstrakt gültig**, einerlei, ob sie überhaupt den Schuldgrund nicht angeben, oder ihn zwar bezeichnen, aber so allgemein, daß sich daraus ein genügender Beweis desselben nicht erbringen läßt: „absolut und relativ abstrakte Akte," Mot. S. 688.

Aber keineswegs alles, was als Schuldversprechen oder -anerkenntnis seiner äußeren Erscheinung nach auftritt, ist sachlich ein solches im Sinne der abstrakten Akte der §§ 780 ff. Die Form ist dafür gleichgültig, nur auf den Sinn des Versprechens kommt es an (Rümelin S. 293, unzulänglich und mißverständlich meine Aufl. 1 Nr. 3). Geht die Absicht auf Begründung einer abstrakten Verbindlichkeit, so schadet die — im Leben häufige, s. Rümelin S. 250, 255 — Angabe der causa nichts, während andererseits auch trotz Fehlens der causa vielfach nur ein gewöhnlicher Schuldschein ohne Konstitutivbedeutung anzunehmen ist, Rümelin 317—8.

Somit ist überall, wenn jemand ein schriftliches Schuldbekenntnis abgibt, nachzuprüfen, ob die Absicht wirklich auf einen selbständigen Verpflichtungsakt ging, oder ob nur eine Beweisurkunde hergestellt werden sollte. Mündliche Erklärungen dieser Art können, als den Erfordernissen der §§ 780—1 nicht genügend, überhaupt nur eine solche Beweisbedeutung haben.

Insbesondere werden unsere Dispositivakte oft die äußere Form eines **bloßen Schuldscheins** annehmen; aber wie nicht jeder Quittung der Erlaßwille innewohnt, so auch nicht jedem Schuldschein die Absicht der Begründung einer abstrakten Schuld; er kann auch bloße Beweisurkunde sein sollen. Was er bezweckt, ist lediglich Tatfrage; Gesetzgebung und Wissenschaft können für das eine oder andere nicht einmal eine Vermutung aufstellen, wie Bähr das zugunsten des Verpflichtungswillens getan hat. S. Dernburg, Pand. II § 22 a. E., Entsch. d. ROHG. 21 179, des RG. bei Seuffert 48 Nr. 23 S. 32, s. aber auch unten Nr. 6 a. E.

Sehr problematisch ist dagegen, ob ein Anerkenntnis auch die (mittlere) Bedeutung eines Beweisvertrages haben könne, in dem Sinne, daß es nicht sowohl selbst einen Beweis erbringen soll, als vielmehr ein Versprechen des Ausstellers bedeutet, den Inhalt als bewiesen gegen sich gelten zu lassen (s. die Angaben bei Windscheid II § 412a Anm. 2). Die Wirksamkeit derartiger Beweisverträge hat das schwere Bedenken gegen sich, daß sie über die Grenzen der privaten Dispositionsmacht der Parteien hinausgehen und in das dem Richter vorbehaltene Beurteilungsgebiet übergreifen wollen, s. schon oben bei § 368 Nr. 5c und dort zitierte, besonders Bülow (s. S. 1ff., 42ff., 62ff.) und Wach, auch Klingmüller S. 93, Kohler bei Gruchot 33 276ff., anders Planck zu § 368 Nr. 5e (für die Quittung); s. auch Rümelin aaO. S. 292ff.

5. Von anderen besonderen Voraussetzungen, als denen der Form, sind die Akte der §§ 780ff. nicht abhängig. Insbesondere beschränkt ihr Anwendungsgebiet sich keineswegs auf Geld und vertretbare Sachen, erstreckt sich vielmehr auf Leistungen jeder Art, Klingmüller S. 109, auch auf Handlungen. So kann z. B. die Erfüllungsübernahme der Schuld eines dritten abstrakt versprochen werden, RG. ZS. VI vom 30. V. 1904, Bd. 58 Nr. 50 S. 201.

Denkbar sind auch (trotz des Widerspruchs mancher, z. B. Staudinger Nr. III d) Versprechen dieser Art gegen eine Gegenleistung; jedenfalls so, daß die Gegenleistung nur condicionis implendae causa zu leisten ist, zweifelhaft, ob auch sogar darauf geklagt werden kann. Wohl mit Recht nehmen Cosack § 162, IV und Klingmüller letzterenfalls ohne weiteres eine mit dem Wesen des abstrakten Versprechens unvereinbare Verknüpfung mit dem unterliegenden Kausalverhältnis an. Dagegen im ersteren Fall bewirkt die „Gegenleistung" in Wahrheit nichts, als eine inhaltliche Einschränkung der abstrakt versprochenen Leistung.

6. Daß die Akte unseres Titels abstrakt gültig sind, bedeutet natürlich nicht eine vollständige Gleichgültigkeit gegen den Schuldgrund. Überhaupt ist ihr Verhältnis zum unterliegenden Kausalverhältnis, wie bei den abstrakten Akten im allgemeinen, noch keineswegs zweifellos festgestellt. Einzelne lassen durch sie nur die Beweislast verschoben werden, sodaß der Aussteller des abstrakten Versprechens seinerseits beweisen muß, nichts zu schulden, so besonders Kindel und wesentlich Neubecker aaO. Daß diese Auffassung dem geltenden Recht ebensowenig gerecht wird wie der geschichtlichen Entwicklung, dürfte füglich nicht bestritten werden. Was sollte ihr zufolge die Einstellung unserer Akte in ein zivilrechtliches Gesetzbuch und mitten unter sonstigen zweifellosen Schuldbegründungsakten?

Andere nehmen einen mittleren Standpunkt ein: sie leugnen zwar nicht die materielle Bedeutung abstrakter Versprechen, bestreiten aber, daß eine durch zwingende Rechtsvorschriften ausgeschlossene oder beschränkte Verpflichtung rechtswirksam gemacht werden könne mittels Einkleidung in eine abstrakte Verbindlichkeit. So Dernburg § 90, Crome § 306, auch Klingmüller S. 131, 133, der insofern noch weiter geht, als er S. 118 die durch Kondiktion entkräftbare Verbindlichkeit als eine bloße „Scheinverbindlichkeit" bezeichnet, was bedenklich an die Lehre von Kindel und Neubecker anklingt. Die Anhänger dieser Lehre abstrahieren sie meist aus den §§ 518, 656 und 762, wo die rechtlich reprobierte causa unmittelbar die Gültigkeit des auf sie hin abgegebenen abstrakten Versprechens ausschließt.

Die herrschende und allein zutreffende Lehre dagegen läßt die Mängel des unterliegenden Kausalverhältnisses grundsätzlich auf den Bestand der abstrakten Verbindlichkeit zunächst einflußlos sein, vorbehaltlich einer Entkräftbarkeit mittelst der

Bereicherungsansprüche nach §§ 812ff. Wo der Mangel den abstrakten Akt direkt ergreift, sind das positive Ausnahmen (518, 656, 762), die sich als Sondervorschriften deutlich ankündigen; nach der Gegenmeinung wäre doch statt ihrer die Aufstellung einer allgemeinen entsprechenden Vorschrift erforderlich und ausreichend gewesen. Das wird bestätigt durch § 817, der eine Kondiktion des auf unsittlicher Grundlage beruhenden Versprechens stattfinden läßt — für die Gegner ein unnötiger und unverständlicher Umweg, s. Bem. dazu. Anders ist es nur, wenn im abstrakten Versprechen selbst etwas Unsittliches oder Rechtswidriges enthalten, oder doch in erkennbarer Weise auf die verwerfliche causa Bezug genommen ist. Das ist keineswegs nur ein „zufälliger und rein äußerlicher Umstand" (Dernburg § 90, III, 5), sondern der ganze Akt bekommt dadurch einen andern Stempel. S. näher über diesen Punkt Bem. 2b zu § 781.

Der hier verteidigten Grundanschauung huldigen die meisten, so Collatz, Iherings Jahrb. **40** 141; Enneccerus S. 785—6; Hellwig, Verträge S. 272; Kober-Staudinger Nr. IV, 1; Matthiaß S. 703; Oertmann aaO.; Schollmeyer S. 186; v. Tuhr aaO. passim; neuestens in eigenartiger Weise Rümelin aaO., s. besonders S. 328ff., aber auch S. 345ff.

Übrigens ist die Streitfrage bei den Akten der §§ 780ff. in letzter Linie minder wichtig. Denn jedenfalls begründet der Mangel des Rechtsgrundes neben dem Bereicherungsanspruch eine Einrede (§ 821), die nach § 404 auch dem neuen Erwerber gegenüber durchgreift. Sehr wichtig ist sie dagegen wegen der Behandlung der Inhaberschuldverschreibungen und Wechsel, weil die nur auf dem Rechtsgrund beruhenden, nicht aus dem Papier hervorgehenden Einreden gegenüber dem Dritterwerber entfallen. Die gegnerische Lehre kann diese vom Verkehrsbedürfnis dringend geforderte und gegenüber dem geltenden Recht nicht ernstlich zu bestreitende Regelung unmöglich befriedigend erklären.

Rümelin hat neuerdings die abstrakte Verpflichtung im Sinne der herrschenden Lehre noch wesentlich zu stützen verstanden durch Hinweis auf die mancherlei praktischen Zwecke, denen sie zu dienen berufen sein kann, s. S. 275ff., 322ff. Insbesondere der „Feststellungs-" sowie der „Zahlungsaustauschzweck" erfordern in der Regel eine selbständige abstrakte Verpflichtung, während einem etwa vorhandenen bloßen „Klagerleichterungszweck" freilich durch bloße Beweislastverschiebung Genüge geschieht, Rümelin S. 337.

7. Von dem möglicherweise vorhandenen alten, anerkannten Schuldgrunde ist scharf der Grund des neuen, abstrakten Versprechens zu unterscheiden. Es kann damit bezweckt sein Schenkung (s. § 518), Vergleich (s. 782); auch, wenn das Versprechen gegen Gegenleistung erfolgt, Abschluß eines gegenseitigen materiellen Vertrages (Kauf, Tausch). Auch solvendi causa kann das Anerkenntnis oder Schuldversprechen abgegeben werden (anders anscheinend Rümelin S. 229), wenn der Versprechende sich dem Versprechensempfänger oder einem dritten gegenüber vorher zu seiner Erteilung verpflichtet hatte.

Kommt dieses beabsichtigte Kausalgeschäft nicht zustande oder fällt es später weg, dann fehlt den abstrakten Verpflichtungsakten der rechtfertigende Grund, und sie sind dann nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung entkräftbar.

Die causa des Versprechens übt auch einen Einfluß auf die Form der Akte aus, bald einen erschwerenden, bald einen erleichternden — jenes, wenn das Versprechen (Anerkenntnis) schenkungsweise (s. § 518), dieses, wenn es abrechnungs- oder vergleichsweise ausgestellt wird (s. § 782). S. auch §§ 780 a. E. und 781 Satz 2.

Die Wirkung der Willensmängel auf die Gültigkeit der abstrakten Akte ist die gewöhnliche.

8. Nichts mit den Akten der §§ 780—1 haben die sogen. „kausalen Hilfsgeschäfte" zu tun, wie Bürgschaft und Schuldübernahme, s. Rümelin S. 226, 238ff., auch oben Bem. 5 vor § 414. Darunter sind mit Rümelin solche Geschäfte zu verstehen, welche „irgendwie die Durchführung eines Grundgeschäfts, zu dem sie in Beziehung treten, oder einer Grundobligation zu sichern, zu erleichtern oder zu modifizieren" bestimmt sind. Durch diese Beziehung werden sie ausreichend individualisiert, sind daher inhaltlich niemals abstrakt. Abstrakt ist nur die Übernahme, indem ihre Gültigkeit von Eigenart und Wirksamkeit des ihr zugrunde liegenden internen Verhältnisses zwischen dem Versprechenden und dem, auf dessen Verbindlichkeit der Hilfsakt sich bezieht, unabhängig ist.

§ 780.

Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung in der Weise versprochen wird, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll (Schuldversprechen), ist, soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist, schriftliche Erteilung des Versprechens erforderlich.

E. I 683, E. II 719, RV. 764. — Mot. S. 687—94, Prot. II S. 489—511, D. S. 138—9.

1. Über den Unterschied von Anerkenntnis des § 781 s. Vorbem. 2. Bei dem Akte des § 780 fehlt die Bezugnahme auf eine frühere Verbindlichkeit ganz, so daß die Mängel der etwa in Wahrheit vorhandenen auf den neuen Akt noch viel weniger, als nach § 781, einwirken können.

2. Das Schuldversprechen wird sich meist, braucht sich aber nicht auf **Geld** zu beziehen, s. Vorbem. 5.

3. Gemäß der Regel des § 305 ist auch hier die einseitige Abgabe des Versprechens noch nicht verbindlich, es muß vielmehr angenommen sein. Jedoch braucht die Annahme, im Gegensatz zum Versprechen, nicht schriftlich, ja sie braucht nicht einmal ausdrücklich zu erfolgen; das zu § 766 in dieser Beziehung Bemerkte läßt sich auch hier verwerten.

4. **Die Schriftform** ist nur in der Regel, aber nicht unter allen Umständen erforderlich (s. § 782) und ausreichend; auf Ausnahmen weist schon der Text hin. Eine solche „besondere Form" kann aus verschiedenen Gründen notwendig sein:

a) Wegen der Eigenart des versprochenen Objektes, so bei Versprechen eines ganzen Vermögens (§ 311), eines Grundstückes (§ 313). Hier bedarf das Schuldversprechen gerichtlicher oder notarieller Beurkundung.

b) Wegen der causa des Schuldversprechens; so wenn es schenkungshalber erfolgt (§ 518). Form wie zu a.

Natürlich muß der die Gültigkeit des privatschriftlichen Schuldversprechens bestreitende Aussteller den Beweis der die schärfere Form notwendig machenden causa erbringen.

5. Das **handelsrechtliche** Schuldversprechen ist formfrei, HGB. §§ 350—1.

§ 781.

Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird (Schuldanerkenntnis), ist schriftliche Erteilung der Anerkennungserklärung erforderlich. Ist für die Begründung des Schuldverhältnisses, dessen Bestehen anerkannt wird, eine andere Form vorgeschrieben, so bedarf der Anerkennungsvertrag dieser Form.

E. I 683, E. II 720, RV. 765. — Mot., Prot. und D. wie zu 780.

1. **Über den Unterschied von § 780** ist in der Vorbem. gehandelt. Zu bemerken ist, daß es sich hier um ein anzuerkennendes **Schuldverhältnis** handeln muß, die Anerkennung anderer Verhältnisse gehört nicht hierher.

2. Der Akt des § 781 bezweckt die Anerkennung einer alten Schuld; ihre Mängel, mögen es solche des rechtlichen Bestandes (z. B. Fehlen der Geschäftsform, der Geschäftsfähigkeit des Promittenten, Willensmängel) oder solche der bloßen Beweisbarkeit sein, sollen dadurch geheilt werden.

Dies aber nicht, oder doch nicht immer, ausnahmslos:

a) Möglicherweise bezieht sich die Absicht des Aktes **nur auf gewisse Mängel**, etwa die der Form, des Willens, der Beweisbarkeit. Dann kann er auch nicht weiter wirken, als er will: Einwendungen in Punkten, auf die sich die Absicht erweislich nicht gerichtet hat, bleiben bestehen. Daß die Beschränkung auf gewisse Mängel in dem Akte selbst hervortrete, ist schwerlich erforderlich; es genügt, wenn sie sich aus der

Gesamtheit der Parteiverhandlungen mit genügender Deutlichkeit als gewollt ergibt.

Bisher sah man in derartigen beschränkten Dispositivakten eine besondere Art von Anerkenntnissen (so meine Aufl. 1), sonderte sie nur als „beschränkte Anerkennung" (Zitelmann, Grundriß S. 145) von der unbeschränkten. Weiter gehend tut Rümelin aaO. S. 290 ff. neuestens in höchst beachtenswerter Darstellung dar, daß es sich dabei überhaupt um eine besondere Rechtsfigur, einen vom Anerkenntnis grundsätzlich verschiedenen Feststellungsvertrag handle (s. auch die unabhängig von Rümelin geschriebenen, aber auf verwandten Anschauungen beruhenden Erörterungen bei Pagenstecher aaO. S. 94 ff., 107, der die Feststellungsgeschäfte auch zur Erklärung der zivilrechtlichen Wirkung des — materiell unrichtigen — Urteils beachtenswert verwendet). Der Feststellungsvertrag will nicht, wie das Anerkenntnis, eine neue neben die alte tretende Verbindlichkeit schaffen, sondern die alte selbst gegen die Wirkungen gewisser, als wirklich oder möglich vorgestellter, vielleicht auch aller überhaupt denkbarer Mängel sicherstellen. Er wirkt somit nicht schlechthin konstitutiv, sondern, soweit das Festgestellte bereits der Wirklichkeit entsprach, nur deklaratorisch, soweit dem nicht so war, konstitutiv; beseitigt nicht einen unbedingt vorhandenen, sondern nur einen hypothetischen Mangel.

Der gesetzlich anerkannte Hauptfall ist der des Vergleiches; die ganze Regelung des § 779 beruht auf dem Gegensatz zwischen dem nur auf die Heilung bestimmter, hypothetisch vorgestellter, Mängel gerichteten Feststellungsvertrag und dem eine neue, selbständige Verpflichtung schaffenden Anerkenntnis im engeren Sinne, s. auch Rümelin S. 295. Daneben sind aber auch andere Feststellungsverträge denkbar, für die zweifellos das in § 779 aufgestellte Prinzip gleichfalls entsprechend verwertet werden darf, Rümelin S. 299 (Unwirksamkeit bei Nichtzutreffen des von beiden Seiten als feststehend zugrunde gelegten Sachverhalts). Dahin gehören: gewisse doppelseitige Anerkennungen, bei denen mangels Ungewißheit des beiderseitigen Nachgebens kein echter Vergleich vorliegt, s. die Fälle bei Rümelin S. 295 ff., dann einseitige Feststellungen, s. Rümelin S. 298, auch, soweit wirksam, die Verwandlung gewisser klagloser in vollwirksame Verbindlichkeiten, Rümelin S. 301 ff. Zweifelhaft ist bei einem Teile der Feststellungsverträge die Anwendung der Formvorschrift des § 781. Für die Fälle von Vergleich und Abrechnung verneint § 782 die Frage (s. Bem. dazu), bei den andern zwei- und einseitigen Feststellungen im engeren Sinne und der Klagbarmachung klagloser Schulden bejaht Rümelin sie, S. 297, 311, mit zutreffenden Gründen, während er bei etwaigen weiteren Fällen der Verneinung zuneigt. Der Unterschied der Feststellungsgeschäfte von den Anerkenntnissen ist aber nicht etwa nur ein sozusagen quantitativer, sondern ein qualitativer. Der Feststellungsvertrag ist nicht ein beschränktes abstraktes Geschäft, hinter dem die verschiedensten Zwecke stecken können, sondern selbst ein eigenartiges Zweckgeschäft; gemeinsam ist in allen seinen Fällen „die Parteiabsicht der Außerstreitsetzung", Rümelin S. 291, 294; der spezifische Feststellungszweck, der von allen anderen, auch dem Schenkzweck, grundsätzlich verschieden ist.

So kann der Feststellungszweck wiederum für abstrakte Geschäfte, Schuldversprechen wie Anerkenntnisse, die causa bilden, sodaß seine Unwirksamkeit auf diese selbständig erfolgten Schuldbegründungen nur wieder nach den bisherigen Regeln der abstrakten Verträge einwirkt. Ist z. B. transactionis causa ein selbständiges Schuldversprechen oder -anerkenntnis abgegeben, so wird dieses von der Ungültigkeit des Feststellungsgeschäftes in den Fällen des § 779 nicht direkt, sondern nur nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung betroffen (s. auch Rümelin S. 295).

b) Unter Umständen bleiben die Mängel der alten causa selbst dann bestehen, wenn sie nach der Parteiabsicht geheilt werden sollten. So namentlich bei einer von der Rechtsordnung gemißbilligten Qualität derselben. Das ist besonders ausgesprochen für die Anerkennung vom Ehemakellohn (§ 656) und von Spielschulden (§ 762 Abs. 2); hier trifft die dem alten Verhältnis anhaftende Unklagbarkeit nach dem zweifelsfreien Wortlaut des Gesetzes unmittelbar auch das neue Versprechen.

Aber auch davon abgesehen ist anzunehmen, daß ein rechtlich gemißbilligter Schuldgrund der Gültigkeit des Anerkenntnisses entgegensteht. Da dieses sich auf die mehr oder minder genau beschriebene alte causa bezieht und sie sicherstellen will, so darf es m. E. auch nicht weiter wirken, als dieselbe ihrem Inhalte nach durch neuen Dispositivakt gestützt werden könnte. Indem und soweit das alte Kausalverhältnis in das neue Versprechen hineingezogen wird, teilt es ihm auch seine Eigenart mit,

gibt ihm also selbst möglicherweise einen unsittlichen oder rechtswidrigen Charakter. Denn der Inhalt des Rechtsverhältnisses kann natürlich durch Anerkennung kein anderer werden; diese heilt zwar Mängel, aber nur wo das anzuerkennende Verhältnis der Heilung überhaupt fähig war; Oertmann aaO. S. 14–5.

Dies wenigstens, soweit sich aus dem Anerkennungsakt die Beziehung auf eine individuell bezeichnete (nichtige) causa erkennbar ergibt; die allgemeine Bemerkung, man sei die fragliche Summe schuldig und verpflichte sich, sie zu zahlen, kann als solche Beziehung nicht ausreichen. Freilich werden auch im letzteren Fall, wie selbst beim reinen Schuldversprechen, die Mängel der rechtlich einmal gemißbilligten causa nicht endgültig geheilt; aber sie berechtigen höchstens zur Entkräftung des Aktes nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung, s. § 817 und Bem. dazu. Bezieht sich dagegen der abstrakte Akt auf die causa von Spiel oder Wette, so kann es nach dem zweifellosen Wortlaut des § 762 nicht darauf ankommen, ob die Kausalbeziehung darin selbst erkennbar zum Ausdruck gebracht ist. Zwar muß der Gegner sich auf die besondere Kausalbeziehung berufen und sie beweisen, aber doch nicht im Sinne einer materiellen Einrede, sondern in dem einer Berufung auf eine rechtshindernde Tatsache (s. Hellwig, Verträge S. 272). Der Unterschied in Behandlung der unsittlichen und der bloßen Spiel-causa, wonach erstere auf die Gültigkeit des Aktes, soweit darin nicht erkennbar in Bezug genommen, minder stark einwirkt als letztere, ist freilich rechtspolitisch bedenklich (so auch Tuhr S. 15—7), aber m. E. im Gegensatz zu der abweichenden Lehre von Crome und Dernburg (s. Vorbem. 6) de lega lata nicht abzuleugnen.

c) Endlich muß nach Satz 2 die nötige, über die Schriftform etwa hinausgehende, Begründungsform des anzuerkennenden Schuldverhältnisses im Anerkennungsakt gewahrt sein, bei Vermeidung der Folgen der §§ 126—7. S. die Fälle in den §§ 311, 313, 518. Der Hinweis auf § 518 ist getadelt worden von Goldmann-Lilienthal S. 831 Anm. 12. Der Vorbehalt des Satzes 2 beziehe sich auf Leistungen besonderer Art, nicht auf solche aus besonderen Rechtsgründen. Aber damit wird in den Text eine willkürliche, auch innerlich kaum gerechtfertigte Einschränkung hineingetragen. Richtig ist freilich, daß der Hinweis auf § 518 Abs. 1 Satz 2 nicht am Platze wäre. Denn dieser verlangt die Wahrung der gerichtlichen oder notariellen Form dann, wenn Schuldversprechen oder -anerkenntnis selbst schenkweise erteilt sind. Dagegen § 781 Satz 2 geht auf die Fälle, wo nicht der anerkennende, sondern der anerkannte Rechtsakt einer besonderen Form bedarf. Da das nach § 518 Abs. 1 Satz 1 vom Schenkungsversprechen gilt, so ist die gerichtliche oder notarielle Form nötig:

α) wenn das Schuldanerkenntnis sich auf eine Schenkungsschuld bezieht, nach § 781 Satz 2 in Verbindung mit § 518 Abs. 3 Satz 2, einerlei ob das Anerkenntnis selbst unentgeltlich oder gegen eine Gegenleistung (der Gegner zahlte etwa eine Geldsumme dafür) vollzogen wurde.

β) wenn das Schuldanerkenntnis oder -versprechen selbst schenkungsweise erfolgt, einerlei, ob die anerkannte Schuld ihrerseits ein Schenkungsversprechen darstellte oder nicht, nach § 518 Abs. 1 S. 2.

Es genügt somit im Sinne der besonderen Formvorschrift die causa donandi beim anerkennenden oder beim anerkannten Akt. Beim abstrakten Schuldversprechen gilt nur der Satz β), nicht auch der zu α), da in § 780 eine dem § 781 Satz 2 entsprechende Vorschrift fehlt. Die Klausel in § 780 bezieht sich nur auf die Fälle, wo für das Schuldversprechen selbst wegen seiner inhaltlichen oder kausalen Eigenart eine besondere Form vorgeschrieben ist, wie nach § 518 Abs. 1 Satz 2.

Das Gesagte gilt unterschiedslos, mag die fragliche causa im Anerkennungsakte individuell hervortreten oder nicht; nur muß letzterenfalls, wer sich auf den angeblichen Formmangel beruft, beweisen, daß der Akt sich auf ein derartiges Verhältnis bezog.

3. Die Gültigkeit des **neuen Geschäftes** steht unter den allgemeinen Regeln, insbesondere auch hinsichtlich der Willensmängel. Die falsche Voraussetzung, daß das anerkannte Verhältnis bereits gültig bestanden habe, kann als bloßer Irrtum im Motiv der Gültigkeit in der Regel ebensowenig schaden, wie es der des Vergleiches entgegensteht, wenn sich die Ungewißheit nachträglich aufhellt. Es ist indes mit den Mot. S. 693 die Möglichkeit anzuerkennen, daß der Putativschuldner in dem Anerkennungsakte lediglich die Erfüllung einer als gewiß vorausgesetzten Verbindlichkeit verspricht und das Anerkenntnis gewissermaßen schon als einen antizipierten Erfüllungsakt abgibt. So z. B., wenn er die verlorene Schuldurkunde seines vermeintlichen

Gläubigers einfach reproduziert. Alsdann wird man kein Bedenken tragen, dem Anerkennenden eine condictio indebiti zu gewähren, wie das auch in § 812 Abs. 2 ausdrücklich ausgesprochen ist. Noch viel mehr ist dem so, wenn der Aussteller sich gerade zur Abgabe des Anerkenntnisses selbst fälschlich für verpflichtet hielt.

4. **In welcher Weise sich der Anerkennungswille äußere**, ist, wenn nur die nötige Schriftform gewahrt wird, unerheblich; insbesondere braucht das Wort „Anerkenntnis" nicht unbedingt verwendet zu werden.

S. im übrigen Bem. 3 zu § 780, die auch hier Anwendung findet.

5. Wie das ein Handelsgeschäft darstellende Schuldversprechen, ist auch das derartige Anerkenntnis formfrei, HGB. §§ 350—1.

§ 782.

Wird ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis auf Grund einer Abrechnung oder im Wege des Vergleichs erteilt, so ist die Beobachtung der in den §§ 780, 781 vorgeschriebenen schriftlichen Form nicht erforderlich.

E. II 721, RB. 766. — Prot. II S. 509—10.

1. In den im Texte genannten Fällen bewirkt die causa der abstrakten Akte eine Abmilderung der dafür vorgeschriebenen Form. Es ist der Fall:

a) beim Schuldversprechen oder Anerkenntnis auf Grund einer **Abrechnung**, „d. h. dem Vertrage, in welchem der eine Teil anerkennt oder bekennt, dem anderen Teile nach gepflogener Abrechnung oder Berechnung noch einen Saldo zu verschulden", während der einzelne Rechnungsposten unerwähnt bleibt, Mot. S. 693. S. dazu Regelsberger, ArchZivPrax. 47 153ff. und nunmehr JheringsJahrb. 46 1ff., s. auch RG. 49 Nr. 11 S. 41.

Das Abrechnungsgeschäft ist nach Regelsbergers zutreffender Darlegung rechtlich ein komplizierter Vorgang; es setzt sich zusammen aus mehreren — mindestens zwei — novatorischen Anerkenntnisverträgen (s. die durchschlagende Begründung bei Regelsberger S. 12—3) und einem Aufrechnungsvertrag, S. 9, s. auch RG. aaO.: „die unter Mitwirkung beider Teile sich vollziehende Festsetzung der Höhe des geschuldeten Überschusses". Möglicherweise wirkt auch die Anerkennung des auf Grund des Aufrechnungsvertrages ermittelten Saldos wiederum novatorisch, Regelsberger, S. 16. Wegen der etwaigen Mängel einzelner Posten siehe bei ihm S. 26—7 und oben bei § 762 Nr. 3. Auch soweit sie noch ihre Wirkung behalten, ist diese gegenüber dem neuen Abrechnungsergebnis in der Regel nur eine indirekte, nach §§ 812ff. wirkende; eine direkte nur insoweit, als das BGB. ausnahmsweise die Mängel der alten causa auch gegenüber dem auf ihr beruhenden abstrakten Akt direkt durchschlagen läßt (s. Vorbem. Nr. 6 und Bem. 2b zu § 781).

b) bei einem solchen im Wege des **Vergleiches**, s. § 779 und Bem. dazu.

2. Ist die Bestimmung des § 782 eine Ausnahme von den Grundsätzen der §§ 780—1? v. Tuhr S. 5 verneint die Frage; causa des Versprechens seien bei der Abrechnung usw. nicht die einzelnen Schuldposten als solche, sondern die Vereinbarung der Parteien darüber, daß statt der bisherigen Ansprüche nur noch ein Anspruch der einen Partei gegen die andere existieren solle. Das Versprechen sei daher kein abstraktes, da und soweit die causa im Akt selbst (etwa durch die Worte „im Wege der Abrechnung" usw.) angeführt werde. Ebenso Crome § 301 Anm. 36, § 305 bei Anm. 28. Anders Klingmüller aaO. S. 81; ders., Der Rechtsgrund S. 68, 80 (mit weiteren Literaturangaben).

Die Frage ist schwierig und noch nicht genügend untersucht. Wäre die Abrechnung wirklich nur ein Sonderfall des Anerkenntnisses (so meine Aufl. 1 und Goldmann-Lilienthal S. 831 Anm. 13, überhaupt die herrschende Lehre), so erschiene sie im selben Sinne als abstrakt wie diese, § 782 wäre eine wahre Ausnahme. Aber trifft das zu?

a) Was zunächst den Vergleich anlangt, so ist er ein Kausalgeschäft; die alte causa wird ersetzt durch die neue causa transactionis. Die Anerkennung ist nur eine Form, die möglicherweise zum Zweck des Vergleichs benutzt werden kann. Mängel der

alten causa können nur insofern noch geltend gemacht werden, als sie einen Ungültigkeitsgrund des Vergleiches selbst darstellen, übrigens werden sie durch die neue causa verdrängt und sozusagen unschädlich gemacht. Das vergleichsweise Anerkenntnis ist somit als solches kein abstrakter Akt. Aber damit ist die Frage noch nicht entschieden. Das Anerkenntnis kann sich dem Vergleich gegenüber insoweit verselbständigen, daß es als formell selbständiger Verpflichtungsgrund auftritt. So überall, wenn es zwar auf die anerkannte Schuld, aber nicht auf die causa ihrer Anerkennung Bezug nimmt; es kann das ebensogut tun, wie das auf irgend einen anderen Grund (z. B. schenkungshalber) erfolgende Anerkenntnis (so auch v. Tuhr S. 5 Anm. 6). Und beim Schuldversprechen ist diese formelle Verselbständigung sogar zum mindesten die Regel. Daß § 782 auch die dem Vergleich als solchem gegenüber verselbständigten Anerkenntnisse dem Formzwang enthebt, erscheint als zweifellos, es wird schon durch die Gleichstellung mit dem Schuldversprechen erwiesen; § 782 hat insofern den Sinn einer Ausnahme.

b) Dasselbe gilt entsprechend auch von der Abrechnung (übereinstimmend hier Crome § 304 Nr. 3a). Daß dabei auch eine gegenüber dem Kausalgeschäft verselbständigte causa formentbunden sein soll, geht zum Überfluß aus den Worten „auf Grund einer Abrechnung" (statt in oder bei einer solchen) deutlich hervor.

3. In den Fällen des § 782 bedarf es nur nicht der in den §§ 780—1 vorgeschriebenen Schriftform: die **etwa aus besonderen Gründen erforderlichen weiteren Formen** (z. B. wegen der Objekte, §§ 311, 313), werden durch die Vorschrift nicht berührt, Goldmann-Lilienthal S. 831.

4. Daß die Akte auf Grund einer der beiden begünstigten causae vollzogen sind, muß natürlich der **beweisen**, der darauf ihre ausnahmsweise formlose Gültigkeit stützt.

Einundzwanzigster Titel.

Anweisung.

Vorbemerkung.

Literatur: v. Plucinski im ArchZivPrax. 60 352ff.; G. Cohn in Endemanns Handbuch d. Handelsrechts 3 1093; Wendt, Das allgemeine Anweisungsrecht, 1895; Jacobi, Wertpapiere S. 292ff.; Lenel in IheringsJahrb. 36 113ff.; Mang, Dissert. Erlangen, 1902; v. Tuhr, IheringsJahrb. 48 1ff. (bedeutsam); s. auch Wieland, Der Wechsel, 1901, sowie ArchZivPrax. 95 160ff.

1. **Allgemeines; bisheriges Recht:**

a) Die Anweisung, Assignation in der gemeinrechtlichen Terminologie, trat bei den Römern nur schwach hervor, ist dagegen im modernen Verkehr namentlich des Handels von großer Wichtigkeit, und von der neueren Wissenschaft und Rechtsprechung in bedeutsamer Weise ausgebildet.

Man sah darin früher meist ein Doppelmandat des Ausstellers — mandatum solvendi an den Angewiesenen, mandatum accipiendi an den Empfänger (Thöl, Handelsrecht 1 § 325), jedoch ist diese Lehre heutzutage wissenschaftlich überwunden (Dernburg, Lenel, Wendt). Dem Empfänger gegenüber liegt nicht immer, ja nur in den seltensten Fällen, ein Auftrag vor, häufiger eine seinem eigenen Interesse dienende Ermächtigung zur Erhebung der Leistung, etwa zwecks Schuldtilgung, Kreditgewährung, Schenkung. Aber auch dem Angewiesenen gegenüber liegt in dem Akte zwar wohl in der Regel (a. A. Wendt), aber nicht unterschiedslos ein Auftrag. S. darüber § 787 und Bem. dazu.

b) Die rechtliche Natur der Anweisung ist mit dem Gesagten freilich noch nicht zweifelsfrei festgestellt. Aufl. 1 versuchte sie im Anschluß an Lenel lediglich als Vollmacht zum Inkasso anzusehen, laut welcher der Anweisungsempfänger als Vertreter des Anweisenden zum Empfang mit der Wirkung ermächtigt wird, daß die Leistung des Angewiesenen an ihn im Rechtssinn als solche an den Anweisenden zu gelten hat. Freilich erwirbt er das Empfangene möglicherweise — wann, darüber gibt die Anweisung als solche keine Auskunft — für sich, aber Stellvertreter im Kausalverhältnis

zum Angewiesenen bleibt er, Lenel S. 114. Diese Lehre hat auch sonst Beifall gefunden, so bei Hellwig, Verträge S. 100, 130, aber noch viel mehr Widerspruch, so bei Crome § 307 Nr. 6 a. E., Enneccerus S. 787, Hupka, Die Vollmacht, 1900, S. 70ff., Isay, Geschäftsführung S. 169ff., Planck, Vorbem. 1, Schloßmann, Stellvertretung II S. 610ff., Staudinger Nr. I, 2b, besonders v. Tuhr aaO.; vermittelnd Wieland, Der Wechsel S. 205—6, Archiv aaO. S. 164, 167 (Die Anweisung ist Inkassovollmacht, erschöpft sich aber nicht darin).

Auch ich sehe mich zur Aufgabe dieser Anschauung veranlaßt. Zwar wenn die meisten sich einfach darauf berufen, daß der Anweisungsempfänger im Gegensatz zum Bevollmächtigten die Leistung im eigenen Namen erhebe, so ist das nicht durchschlagend, denn man könnte Lenels Lehre noch immer durch den Hinweis auf die Gleichheit der Wirkungen zu retten versuchen. Aber entscheidend scheinen mir die Einwürfe v. Tuhrs: wäre der Anweisungsempfänger Empfangsbevollmächtigter, so müßte der angewiesene Schuldner ihm gegenüber zur Vermeidung des Verzuges unter denselben Voraussetzungen leisten, wie dem anweisenden Gläubiger gegenüber. Das widerspricht aber dem § 787 Abs. 2. Ferner kann der Angewiesene keine Quittung verlangen, wie er es können müßte, wenn seine Leistung Zahlung an den Anweisenden wäre, hat vielmehr nur das Recht aus § 785. Seine Leistung ist somit nicht eine solche Zahlung, sondern nur Hingabe an Zahlungsstatt (S. 9). Wann Inkassovollmacht, wann Anweisung vorliege, ist mitunter zweifelhaft; entscheidend ist nach v. Tuhr S. 11 nur die Form: bei kausaler Fassung der Urkunde liegt im Zweifel Vollmacht vor, sonst Anweisung. Die Anweisung ihrerseits enthält zwei Ermächtigungen (wennschon nicht Vollmachten): eine Zahlungsermächtigung an den Angewiesenen, die zwar mangels Übernahme einer Pflicht zur Honorierung kein Auftrag, aber dem Auftrag ähnlich ist, indem sie dem Angewiesenen „gestattet, für Rechnung des Anweisenden eine Zahlung zu leisten", v. Tuhr S. 18, 21. Daneben eine Empfangsermächtigung des Anweisungsempfängers, S. 28ff. „Vermöge der Zahlungsermächtigung zahlt der Anweisende für Rechnung des Angewiesenen, vermöge der Empfangsermächtigung erwirbt der Assignatar von dem Anweisenden", S. 29.

Ebenso Wieland insofern, als auch er bei der Anweisung jene zwei Ermächtigungen unterscheidet und gleichfalls zwischen den Fällen der Anweisung und Einzugsermächtigung im fremden Namen sondert, Arch. S. 185. Aber andererseits meint er, es mache für die Vollmacht als solche nichts aus, ob Leistung oder Empfang im eigenen Namen oder in dem des Bevollmächtigenden erfolge, und hält insoweit an der Verwendung des Vollmachtbegriffs für die Anweisung fest.

c) Die moderne Auffassung der Anweisung ist im BGB. zu einem klaren Ausdruck gelangt. Es spricht nur von zwei Ermächtigungen an den dritten und an den Angewiesenen, behandelt das Institut auch nicht, wie der Entw. I, im äußeren Zusammenhang mit dem Auftrag. Die in den ersten Entwürfen noch auf die Theorie vom Mandat hinweisenden Stellen (s. §§ $\frac{606,\ 608,}{623}$ $\frac{610,}{624,}$ über und gegen sie Wendt S. 103ff.) sind daher auch später geflissentlich gestrichen worden.

Dagegen hatten die anderen neueren Gesetzgebungen die Anweisung meist auf Grund der alten Lehre vom Doppelmandat und in vielfach unklarer Weise konstruiert, s. Mot. S. 556. So sprach das Landrecht (I, 16, § 251) von einem Auftrag an jemand, etwas dem Auftraggeber von einem dritten Geschuldetes bei diesem zu erheben. Einer anderen Auffassung huldigte schon das HGB. Art. 300—1.

2. Die Vorschriften des Titels 21 behandeln **nicht jede Anweisung**, sondern nur:

a) Die **schriftliche**.

b) Die **auf Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen** gerichtete.

Dies im Gegensatz zum HGB. Art. 301 und auch zu Entw. I, der allgemein von einer Leistung sprach.

Sicherlich sind das die im Leben wichtigsten Fälle; es können aber auch andere Anweisungen vorkommen. Sie werden durch das Schweigen des Gesetzgebers natürlich nicht ausgeschlossen, und es dürfte nichts im Wege stehen, die Sätze der folgenden Paragraphen im allgemeinen auch auf sie entsprechend anzuwenden, soweit sie nicht gerade auf das eine oder andere Moment zu a oder b zugeschnitten sind (s. §§ 784—5, 792); im übrigen sind sie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und aus dem zu unterstellenden Willen der Beteiligten zu beurteilen, Mot. S. 557—8. So auch OLG. Frankfurt vom 10. VII. 1903, Rspr. VIII, S. 85, M. Rümelin, ArchZivPrax. 97 259ff.

Es fragt sich dabei, ob die Akzepte derartiger Anweisungen den Formvorschriften der §§ 780—1 unterworfen seien. Wohl mit Recht entscheidet Rümelin im bejahenden Sinne, S. 267; es handelt sich dabei in der Tat um abstrakte Versprechen, und eine besondere Ausnahme ist nicht gemacht.

3. Die Anweisung des BGB. ist ein **abstrakter Akt**, wie auch schon nach HGB. Art. 300—1. Sie ist als solche unempfindlich gegen die Existenz und Eigenart der bisherigen Schuldverhältnisse zwischen Anweisendem und Anweisungsempfänger, wie zwischen Anweisendem und Angewiesenem, Mot. S. 557. Sie ist an sich auch kein Kreditgeschäft, sondern nur ein für alle möglichen Zwecke verwendbarer Mechanismus, s. Crome § 248 Anm. 16 gegen Dernburg.

Zweifelhaft ist, ob die abstrakte Natur der Anweisung wesentlich sei, oder durch besondere Zufügungen eingeschränkt werden könne. Für solche Möglichkeit meine Aufl. 1 S. 512 und 514 (zu § 784 Nr. 3 Abs. 3), z. B. X weist den Bankier Y an, dem Z seine, des X, Darlehensschuld von 1000 Mark an Z zu zahlen — „titulierte Anweisung". Ebenso Crome § 307 Anm. 6, Bekker, Jherings Jahrb. 49 28, RG. Bd. 11 Nr. 26 S. 136. Dagegen aber nunmehr v. Tuhr S. 13 ff., der die titulierte Anweisung ausnahmslos als Inkassovollmacht behandelt wissen will. Dem gegenüber gebe ich meinen früheren Standpunkt auf, da ich mit v. Tuhr glaube, daß wir ohne diese Abgrenzung den festen Boden für das Anweisungsgebiet unter den Füßen verlieren würden.

Dagegen ist es statthaft, die Anweisungen von Bedingungen oder sonstigen Beschränkungen, etwa von der Bewirkung einer Gegenleistung, im Sinne einer Bedingung abhängig zu machen — jemand wird angewiesen, die ihm aus einem, vom Gegner noch nicht erfüllten, gegenseitigen Vertrage (Kauf, Miete) obliegenden Leistungen an einen dritten zu machen, s. RG. 11 Nr. 26 S. 136 ff.

4. Ist die Anweisung Vollmacht, so kann sie auch, wie jede gewöhnliche Vollmacht (s. Lenel aaO. S. 16, nach dem das bei dieser sogar die Regel bildet), dem dritten (Angewiesenen) direkt ausgehändigt werden. Aber auch, wer die Vollmachtstheorie verwirft (s. oben Nr. 1 b), braucht darum in diesem Punkt Lenel nicht zu widersprechen. Allerdings geht das BGB. von dem Falle aus, daß die Anweisungsurkunde dem Empfänger übergeben werde; aber nichts steht im Wege, die Sätze des Titels auch in dem andern Fall entsprechend zu verwerten; bei §§ 787 und 790 bezeichnen das die Mot. S. 558 sogar als selbstverständlich.

5. Die Anweisung begründet an sich keine Pflicht des Anweisenden gegen den Empfänger, für ihre Honorierung durch den Angewiesenen einzustehen. Doch kann die Übernahme einer solchen damit verbunden sein — Ursprung des Wechsels, s. Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, S. 401.

6. Keine Anweisung ist die bloße Weisung an einen andern, eine Ware an einen dritten zu übersenden. Auch die Mitteilung von der geschehenen Weisung an den dritten kann als Anweisung nicht aufgefaßt werden; sie soll an sich nur tatsächliche Benachrichtigung sein, nicht die Begründung eines Rechts des dritten vermitteln. So mit Recht RG. 43 Nr. 42 S. 170 (für Gemeines Recht).

7. Dem Recht der Anweisung untersteht — mangels einer besonderen gesetzlichen Regelung — auch der **Scheck**, ferner der sogen. **Kreditbrief**.

§ 783.

Händigt jemand eine Urkunde, in der er einen andern anweist, Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen an einen dritten zu leisten, dem dritten aus, so ist dieser ermächtigt, die Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben; der Angewiesene ist ermächtigt, für Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu leisten.

E. I 605, E. II 619, RV. 767. — Mot. S. 555—9, Prot. II S. 380—3, D. S. 140—1.

1. Die Anweisung als solche enthält nach dem Text zwei „Ermächtigungen", eine des Angewiesenen, auf Rechnung des Anweisenden zu leisten, eine des Empfängers,

für ihn die Leistung zu erheben. Ob der eine oder andere oder beide von ihnen zu dieser Leistung oder Empfangnahme auch dem Anweisenden gegenüber verpflichtet sind, beantwortet sich nicht aus dem Rechte der Anweisung, sondern lediglich aus dem zugrunde liegenden Kausalverhältnis, s. auch §§ 787—8 und Bem. dazu.

Dabei handelt es sich um zwei getrennte Ermächtigungen, die eine zum Empfang, die andere zur Leistung, s. Enneccerus S. 788, v. Tuhr aaO., auch Wieland aaO. Der Satz Lenels S. 117 „die Zahlungsanweisung ist die Inkassovollmacht, gar nichts weiter als diese", dem Aufl. 1 sich anschloß, erweckt Bedenken (selbst von der von Wieland übrigens anerkannten Vollmachtstheorie aus, s. oben Vorbem. 1 b).

Wo nur eine dieser beiden Ermächtigungen — Ermächtigung zur Leistung an einen dritten oder zur Annahme von einem dritten — vorliegt, ist keine spezifische Anweisung vorhanden, s. auch Wieland aaO. Ermächtigt nur der Gläubiger seinen Schuldner, für ihn an einen dritten zu zahlen, so erfolgt die Zahlung auf das alte Schuldverhältnis hin; sie ist wirkliche Schulderfüllung, nur an eine andere Person, indirekte Leistung auf der Aktiv-, aber direkte auf der Passivseite. Wenn umgekehrt nur der Schuldner seinen Gläubiger „anweist", sich von einem dritten den geschuldeten Betrag auszahlen zu lassen, so ist auch das keine echte Anweisung; die Leistung ist indirekt nur auf der Passiv-, aber direkt auf der Aktivseite.

Zur Anweisung dagegen gehört, daß bei keiner von beiden Seiten direkt auf das alte Kausalverhältnis hin geleistet werde; sie ist vom Bestehen eines solchen unabhängig. Nicht um Zahlungen muß es sich dabei handeln, sondern allgemeiner um Leistungen, deren causa sich erst aus dem besonderen Grundverhältnis ergibt. Der Anweisungsbegriff als solcher gibt darüber keine Auskunft. Der Leistende zahlt weder eine Schuld des Anweisenden — dessen Verhältnis zum Empfänger wird er kaum kennen, keinenfalls geht es ihn etwas an —, noch seine eigene Schuld, die umgekehrt den Empfänger nicht interessiert, auf die hin zu empfangen ihm fernliegt.

2. Der Empfänger wird durch die Anweisung ermächtigt, **die Leistung im eigenen Namen zu erheben.** Das soll (s. Mot. S. 557) einen Unterschied zur bloßen Inkassovollmacht im engeren Sinne bedeuten, die nur die Berechtigung zur physischen Abhebung der Leistung gewährt. Es wird damit also gesagt, daß der Anweisungsempfänger darüber hinaus eine volle Dispositionsgewalt über die Leistung gewinnt; er kann sich ein Akzept geben lassen und damit den Anweisenden jeder Verfügungsmacht über die Anweisung berauben, auch die Urkunde an einen vierten weitergeben. — Will der „Anweisende" ihm diese Dispositionsmacht nehmen, so muß er das in der Urkunde besonders zum Ausdruck bringen, da sie anderenfalls in der bloßen Anweisung im Sinne von § 783 ohne weiteres enthalten ist.

3. **Charakter der Aushändigung**: Es fragt sich, ob sie als solche eine einseitige Handlung oder notwendig einen Vertrag zwischen beiden Beteiligten darstelle? Für den Vertrag Cosack § 151, III, 1; ebenso, wennschon zweifellos, Planck Nr. 2 b; dagegen Enneccerus S. 788 Anm. 1. Die Analogie der Vollmacht spricht gegen den Vertrag; § 783 erwähnt ihn nicht, vielmehr läßt sich aus dem Gegensatz des Wortlautes gegenüber § 792 mit Enneccerus wohl ein Umkehrschluß rechtfertigen. Planck beruft sich auf § 789, aber kaum mit Recht. Denn die Anzeigepflicht folgt nicht aus der Aushändigung der Anzeige, sondern kraft Gesetzes aus der vergeblichen Präsentation, unterbleibt diese, so ist auch für jene kein Raum.

Daraus folgt, daß der Empfänger nicht schlechthin im Besitze unbeschränkter Geschäftsfähigkeit sein muß; diese ist nur von Bedeutung für die Entstehung des besonderen Kausalverhältnisses.

4. Die Worte **„für Rechnung des Anweisenden"** bedeuten, daß der Angewiesene in seinem Kausalverhältnis zum Anweisenden den geleisteten Posten ohne weiteres in Rechnung stellen darf, sodaß sich sein etwaiges Kredit daraus um den entsprechenden Betrag vermehrt, sein Debet entsprechend vermindert. Anders nur, wenn er nachweislich zu Schenkzwecken angenommen oder geleistet hat.

Ist aber die Leistung auf Grund einer gefälschten Anweisung erfolgt, so kann der „Angewiesene" vom „Anweisenden" nichts fordern, sondern nur gegen den Empfänger vorgehen nach den Regeln der unerlaubten Handlungen oder — wenn dieser nicht selbst der Fälscher war — nach denen der ungerechtfertigten Bereicherung. Letzterer Anspruch ist zwar nicht ganz zweifellos und schwierig zu begründen, aber mit Planck Nr. 9 als zur Vermeidung anstößiger Ergebnisse unbedingt erforderlich anzuerkennen. Rechtfertigen kann man ihn wohl so, daß der rechtliche Zweck, der mit der Leistung erreicht

werden sollte, ausgeblieben ist: Der „Angewiesene" wollte leisten in der Weise, daß die Leistung in sein Kausalverhältnis zum „Anweisenden" einschlagen sollte. Dieser Zweck ist bei gefälschter oder von einem Dispositionsunfähigen vorgenommener Anweisung nicht erreicht; der Zahlende ist also benachteiligt, und zwar zugunsten des Empfängers, der auf diesen Vorteil keinen Anspruch hatte und andererseits auch nicht uno actu durch den Empfang einen Rechtsverlust erlitt: denn die Leistung auf Grund einer ungültigen Anweisung bewirkt keinen Einschlag in das etwaige Verhältnis zwischen dem „Anweisenden" und Empfänger.

5. Vor der Gültigkeit des Kausalverhältnisses ist die Wirksamkeit der Anweisung ebensowenig abhängig, wie diejenige der Vollmacht; kommt es nicht zustande oder erweist es sich als hinfällig, so ist der Anweisende auf das Widerrufsrecht aus § 790, eventuell auf einen Rückforderungsanspruch gegen den Empfänger wegen ungerechtfertigter Bereicherung beschränkt.

6. Erwirbt der Empfänger an den ihm geleisteten Objekten Eigentum? S. dazu Lenel aaO. S. 42ff., v. Tuhr S. 41ff. und dort zitierte. Die Frage ist — anders als bei der gewöhnlichen Inkassovollmacht — in der Regel zu bejahen. Dies auch vom Lenelschen Standpunkt: der Empfänger ist Vertreter nur im obligatorischen, nicht auch im dinglichen Verhältnis, er empfängt die Valuta im Sinne des Eigentumserwerbs für sich selbst, aber die Übergabe an ihn wirkt für das Verhältnis des Anweisenden zum Angewiesenen wie eine solche des ersteren an den letzteren.

§ 784.

Nimmt der Angewiesene die Anweisung an, so ist er dem Anweisungsempfänger gegenüber zur Leistung verpflichtet; er kann ihm nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Annahme betreffen oder sich aus dem Inhalte der Anweisung oder dem Inhalte der Annahme ergeben oder dem Angewiesenen unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen.

Die Annahme erfolgt durch einen schriftlichen Vermerk auf der Anweisung. Ist der Vermerk auf die Anweisung vor der Aushändigung an den Anweisungsempfänger gesetzt worden, so wird die Annahme diesem gegenüber erst mit der Aushändigung wirksam.

E. I 607, E. II 620, RV. 768. — Mot. S. 559—61, Prot. II S. 384, D. S. 141.

1. **Allgemeines:**

a) Daß der Empfänger aus dem Akte der Anweisung gegen den Angewiesenen noch keine Rechte erlangen kann, ist selbstverständlich. Dafür kann er solche erwerben nach § 784 durch Annahme (Akzept) der Anweisung.

Sie fand sich richtiger Ansicht nach bereits im Römischen, erst recht im Gemeinen Recht, s. Dernburg, Pand. II § 119 No. 9—10, Lenel aaO., a. A. Thöl; ebenso im Landrecht, s. Dernburg, Privatrecht II § 54 a. A., SächsGB. § 1328 und besonders im HGB. Art. 300. Die Statthaftigkeit erklärt sich daraus, daß „die Zahlungsanweisung zugleich eine stillschweigende Kreditanweisung enthält", das Akzept also im Sinne der Zahlungsanweisung liegt, Windscheid § 412 No. 16, Lenel S. 124 No. 1. Das trifft im Sinne des BGB. um so mehr zu, als ja die Anweisung danach dem Empfänger das Recht gibt, die Leistung „im eigenen Namen" zu erheben, also doch auch wohl darüber durch Empfangnahme eines Versprechens zu verfügen, s. Mot. S. 557.

b) Einen Anspruch auf die Annahme hat der Empfänger natürlich nicht, aber auch der Anweisende kann sie Mangels besonderen Versprechens vom Angewiesenen nicht fordern, selbst nicht, wenn er dessen Gläubiger ist, s. § 787 Abs. 2. Anders, wenn der Angewiesene sich zur Annahme, sei es auch nur mündlich, einem von beiden gegenüber verpflichtet hat; so besonders Entw. I § 606.

2. Über die Form der Annahme enthält Abs. 2 besondere Bestimmungen, die keiner weiteren Erläuterung bedürfen.

Zulässig ist eine bedingte Annahme (z. B. wenn die Valuta dem Angewiesenen vom Anweisenden gezahlt werden sollte); der Formalcharakter spricht um so weniger dagegen, als ja selbst das strenge Wechselrecht Bedingungen nicht ausschließt. So **Cohn** aaO. § 451 No. 29, **Wendt** S. 172, RG. bei **Bolze** 3 Nr. 616.

Eine mündliche Annahme kann jedenfalls nicht im Sinne von § 784 wirken, ebensowenig ist sie, trotz Wirksamkeit mündlicher Anweisungen, als solche gültig (s. Vorbem. Nr. 2 a. E.), da sie eben die Form des abstrakten Versprechens (§§ 780 ff.) nicht erfüllt. Sie wirkt folgerecht nur nach Maßgabe der zugrunde liegenden Kausalbeziehung; möglicherweise verpflichtet sie auch den Angewiesenen zur Vollziehung eines formgerechten Akzepts.

Eine zwar schriftlich, aber nicht in der besonderen Art des Abs. 2 vollzogene wirkt nach den Regeln des abstrakten Schuldversprechens, § 780.

3. Die Annahme im Sinne des § 784 stellt im Gegensatz zu den abstrakten Akten des vorigen Titels, aber wie die Anweisung selbst, keinen Vertrag, sondern **eine einseitige Verpflichtungserklärung** dar; sie kann also, einmal abgegeben, durch Durchstreichen oder sonstigen Widerruf nicht mehr beseitigt werden. Dagegen freilich **Planck** Nr. 1 c. Aber für die Einseitigkeit spricht einmal der zweifellos nur auf einen einseitigen Akt („Vermerk") hinweisende Wortlaut, dann die Analogie der sonstigen Wertpapiere, besonders der Inhaberschuldverschreibungen. Das Erfordernis der Aushändigung bedeutet nichts dagegen, da sie als solche nur einen tatsächlichen Vorgang darstellt.

4. a) **Die im Sinne des § 784 korrekt ausgestellte Annahme ist ein abstraktes Geschäft;** das folgt aus dem Wortlaut wie aus dem materiellen Inhalt des Paragraphen, s. auch Mot. S. 560.

Wie bei der Anweisung (s. Vorbem. 3), wiederholt sich hier die Frage, ob der abstrakte Charakter der Annahme **wesentlich**, oder ob auch eine titulierte, auf ein bestimmtes Kausalverhältnis des Annehmenden zum Anweisenden bezogene Annahme möglich sei. Dafür meine Aufl. 1 Nr. 3, dagegen v. **Tuhr** S. 13 ff., dem ich an sich auch hier beitrete. Der Angewiesene soll ja dem Empfänger gar nicht speziell das leisten, was er etwa dem Anweisenden schuldet, sondern höchstens eine inhaltlich gleiche Summe. Das kausal beschränkte Akzept ist also kein wahres Anweisungsakzept.

Aber andererseits: nach § 784 ist es, wie auch v. **Tuhr** S. 14 bemerkt, zweifellos zulässig, die Annahme wie von einer anderen, so auch von der **Bedingung** abhängig zu machen, daß man dem Anweisenden ein bestimmtes Quantum aus einem bestimmten Rechtsgrund schulde. Dadurch kann ein der titulierten Annahme entsprechender Effekt unschwer erreicht werden. Und nichts dürfte im Wege stehen, die titulierte Annahme im Zweifel überall in diesem wirksamen Sinne auszulegen.

b) Ihren materiellen Rechtsgrund entnimmt die Annahme der Anweisung dem Verhältnis zwischen dem Anweisenden und Angewiesenen; man könnte also an sich mit gewissem Schein behaupten wollen, daß sie von der Gültigkeit dieses Verhältnisses wenigstens in demselben Maße abhängig sei, wie es nach den Bem. zu §§ 780—1 die abstrakten Akte des vorigen Titels sind, teils direkt, teils indirekt mittelst der Kondiktionen. Das ist aber nach **Absatz 1** nicht der Fall, indem nur die im Text genannten Einreden dem Anspruch aus der Anweisung wirksam entgegengesetzt werden können. Es sind im wesentlichen dieselben, wie sie auch nach § 796 der Klage aus dem Inhaberpapier entgegenstehen; über die Bedeutung der drei Klassen ist in den Bem. zu dem eben zitierten Paragraphen zu reden. Insbesondere kann der Akzeptant danach aus seinem Verhältnis zum Anweisenden keine Einrede und ebensowenig eine Kondiktion herleiten.

Noch weniger begründet einen Einwand gegen die Ansprüche aus der Annahme ein Mangel des Kausalverhältnisses zwischen dem Anweisenden und Anweisungsempfänger; das ergibt sich gleichfalls aus dem Wortlaut, aber auch aus der Erwägung, daß in solchem Einwand eine unstatthafte exceptio ex iure tertii läge. Wegen der sogen. „titulierten Anweisung" s. oben Vorbem. 3.

Es findet also grundsätzlich eine Einrede weder statt aus dem **Deckungsverhältnis** zwischen Anweisendem und Angewiesenem, noch eine solche aus dem **Valutaverhältnis** zwischen jenem und dem Anweisungsempfänger, s. auch v. **Tuhr** S. 50 ff., OLG. Hamburg bei **Seuffert** 58 Nr. 74 S. 138. Insbesondere begründet auch der Umstand keine Einrede, daß der Anweisende etwa inzwischen den Empfänger wegen der Schuld zu deren Deckung er die Anweisung erteilte, befriedigt habe. Der Satz des § 788 läßt sich nicht umdrehen. So auch **Goldmann-Lilienthal** S. 840,

anders Dernburg § 241, III von dem Gesichtspunkt aus, daß die beiden Ansprüche des Empfängers auf denselben Schuldposten gingen, daher der eine durch Zahlung des andern erlösche. Aber das ist unhaltbar, weil mit dem klaren Wortlaut des Abs. 1 nicht zu vereinigen. Freilich kann der Anweisende einen entsprechenden Erfolg unschwer dadurch erzielen, daß er nicht die eigene, sondern gemäß § 267 des Angewiesenen Schuld aus dem Akzept begleicht, womit er dann zugleich nach § 788 von jener ohne weiteres befreit wird.

Der Grund für diese, bereits dem bisherigen Recht entsprechende (Mot. S. 561 No. 1) Beschränkung der Einreden erklärt sich aus dem in der Vorbem. festgestellten Wesen der Anweisung. In der (honorierten oder auch erst angenommenen) Anweisung liegen rücksichtlich der Kausalbeziehungen stets zwei Leistungen:

α) Eine des Angewiesenen an den Anweisenden.

β) Eine des Anweisenden an den Anweisungsempfänger.

Dagegen keine des Angewiesenen an den Empfänger, obwohl sich körperlich gerade nur eine solche zu vollziehen scheint. Es gibt daher an sich, mangels besonderer Erwähnung im Akzept, zwischen beiden keine causa, aus der heraus der Akzeptant gegen den Empfänger Material zu Einwendungen herleiten könnte.

c) Ob das Gesagte Ausnahmen erleide, wenn beide Kausalverhältnisse zugleich mangelhaft sind, darüber vgl. v. Tuhr S. 51 ff. Er schließt mit Recht aus der Analogie von §§ 816 und 822, daß ein Bereicherungsanspruch stattfinde gegen den Empfänger, soweit das Deckungsverhältnis nicht bestand und das Valutaverhältnis eine Schenkung war, oder mangels Vorhandenseins der mit der Anweisung zu tilgenden Schuld zwischen dem Anweisenden und dem Empfänger überhaupt keine Kausalbeziehung in Wahrheit vorhanden war, S. 54. Ähnliches nimmt v. Tuhr S. 55 ff., 58 zutreffend auch dann an, wenn die causa des Valutaverhältnisses vom Gesetze reprobiert und das Akzept zugleich wegen einer irrig vorgestellten Schuld des Angewiesenen gegen den Anweisenden ausgestellt war.

d) Auf alle Fälle können dem Anspruche Einwendungen und Einreden aus den sonstigen zwischen Akzeptanten und Anweisungsempfänger bestehenden Rechtsbeziehungen entgegengesetzt werden, so die der Aufrechnung, der Stundung, des Zurückbehaltungsrechtes.

5. Zum Ersatz für die nach Nr. 3 beschränkten Einwendungen und Klagen können die Mängel der beiden bei der Honorierung der Anweisung materiell beteiligten Kausalverhältnisse (s. Nr. 3 a. E.) natürlich zwischen den beteiligten Personen ausgetragen werden nach allgemeinen Grundsätzen, s. Bem. zu § 812 und Vorbem. vor § 783.

§ 785.

Der Angewiesene ist nur gegen Aushändigung der Anweisung zur Leistung verpflichtet.

E. II 621, RV. 769. — Prot. II S. 374—5.

1. a) Die Bestimmung enthält eine Neuerung der zweiten Lesung, geschaffen aus der Erwägung, daß der Angewiesene wegen seines Deckungsanspruches oder der sonstigen Rechtsbeziehungen zum Anweisenden ein erhebliches Interesse am Besitz der Anweisungsurkunde hat. Ferner dient sie seinem Schutz gegen die Gefahr einer nochmaligen Geltendmachung des Akzeptes. Die Anweisung ist dadurch zum Wertpapier geworden, Jacobi S. 299.

b) Die Herausgabe hat, wie bei Quittung und Schuldschein, Zug um Zug mit der Leistung zu erfolgen; solange sie unterbleibt, kann der Angewiesene seine Leistung nach § 273 zurückhalten. Er kann offenbar auch auf Herausgabe klagen.

2. Ob die Anweisung angenommen war oder nicht, ist für den Anspruch aus § 785 gleichgültig (anders Schönenberg in der zu § 273 zitierten Schrift S. 27—8, der ihn nur nach Annahme gibt, gegenüber dem nicht unterscheidenden Wortlaut ohne genügenden Grund. Die Anweisung dient dem Angewiesenen auch, wenn nicht angenommen, als Beleg für die geleistete Zahlung). War sie es, so hat der Akzeptant dem Anweisungsempfänger als seinem „Gläubiger“ gegenüber daneben nach § 368 noch einen Anspruch auf Quittung.

3. Ist erst teilweise geleistet, so kann die Aushändigung nicht verlangt werden — wichtig bei Zirkularkreditbriefen, wenn der Empfänger bei den mehreren Firmen nur je einen Teil der Gesamtsumme erhebt, Prot. S. 385.

4. § 785 bedeutet ein Recht, keine Pflicht des Angewiesenen; keineswegs hat seinem etwaigen Rückgriffsanspruche gegenüber der Anweisende aus ihrer Unterlassung eine Einrede oder bis zu ihrer Aushändigung an ihr ein Zurückbehaltungsrecht.

§ 786.

Der Anspruch des Anweisungsempfängers gegen den Angewiesenen aus der Annahme verjährt in drei Jahren.

E. II 620², RV. 770. — Prot. II S. 385—7.

Die Bestimmung entspricht dem Vorbild der WO. Art. 77.
Über Beginn und Lauf der Verjährung gelten die Sätze der §§ 194 ff., 186 ff.

§ 787.

Im Falle einer Anweisung auf Schuld wird der Angewiesene durch die Leistung in deren Höhe von der Schuld befreit.

Zur Annahme der Anweisung oder zur Leistung an den Anweisungsempfänger ist der Angewiesene dem Anweisenden gegenüber nicht schon deshalb verpflichtet, weil er Schuldner des Anweisenden ist.

E. I 608², E. II 623¹, S. 2, RV. 771. — Mot. S. 562, Prot. II S. 387, VI S. 190 ff. D. S. 142.

1. **Absatz 1:** Damit der Satz zur Anwendung kommt, muß die Anweisung geradezu **auf Schuld** erteilt sein. Dazu **genügt nicht** die bloße Tatsache, daß der Angewiesene Schuldner des Anweisenden ist; denn dadurch ist eine Beziehung der Anweisung auf diese vorhandene Schuld noch nicht hergestellt Es ist vielmehr ein besonderer Hinweis auf die bestehende Schuld nötig, wennschon nicht gerade unbedingt in der Anweisungsurkunde selbst — denn nichts spricht dafür, daß die Bedeutung der Anweisung auf das Kausalverhältnis sich formalistisch nur nach der Urkunde richten müsse.

Liegt solche „Anweisung auf Schuld" vor, so tritt unmittelbare Befreiung des Angewiesenen im Umfang seiner Leistung durch diese ein. Ob der dies aussprechende Abs. 1 juristisch nur ein Anwendungsfall des in §§ 362 Abs. 2 in Verbindung mit 185 ausgesprochenen Grundsatzes sei (so Aufl. 1), ist zweifelhaft und von der Grundfrage nach dem Wesen der Anweisung abhängig (s. Vorbem. 1b). Nach dem dort eingenommenen Standpunkt ist die Befreiung des Anweisenden nicht auf Zahlung, sondern auf Hingabe an Zahlungsstatt zurückzuführen, s. v. Tuhr S. 9: es ist durch Erteilung und Befolgung der Anweisung vereinbart, daß eine Zahlung an den dritten wie eine solche an den Gläubiger wirken soll.

Soweit § 787 nicht Platz greift, kann sich der Angewiesene von seiner Schuld nur durch Aufrechnung mit dem durch die Leistung etwa gelangten Regreßanspruch befreien.

Dadurch, daß die Befreiung erst durch die Leistung, nicht das Akzept erfolgt, ergibt sich, daß der Angewiesene nach dessen Abgabe inzwischen zwei Gläubiger hat. Kann der Anweisende insoweit sein noch vorhandenes Recht dem Angewiesenen gegenüber geltend machen? Man wird es in der Regel verneinen, schon auf Grund von § 242. Denn er hat gerade durch seine Anweisung den Schuldner mit einer weiteren Schuld zu belasten den Anstoß gegeben. Aber auch nach § 790; er kann die dem Angewiesenen gegebene Befreiungsmöglichkeit durch Leistung an den Anweisungsempfänger jetzt nicht mehr widerrufen, und der Anspruch auf Leistung an sich selbst wäre einem Widerruf doch gleich zu achten.

Ähnlich Kuhlenbeck Nr. 1, Staudinger I, 3a.

2. Die Bedeutung von **Abs. 2** bedarf keiner weiteren Klarstellung. Natürlich kann sich der Angewiesene zur Honorierung oder auch zur Annahme dieser bestimmten oder auch allgemein jeder Anweisung — etwa bis zu einer bestimmten Gesamthöhe — dem Anweisenden gegenüber verpflichtet haben.

3. Die Vorschrift der Entwürfe (§§ 610—623), wonach das Verhältnis des leistenden Angewiesenen zum Anweisenden sich „im Zweifel" nach den Sätzen des Auftrages richten soll, ist — mit Recht — gestrichen. Für manche Fälle wird sie freilich zutreffen,

aber nicht das Recht der Anweisung, sondern nur die Eigenart des vorliegenden Kausalverhältnisses kann darüber Auskunft geben. S. dazu näher Planck Nr. 3, besonders über den Fall, wenn eine causa zwischen beiden in Wahrheit nicht bestand. Alsdann steht dem Angewiesenen ein Bereicherungsanspruch zu.

Auf die dabei zweifelhafte Beweisfrage kann hier nicht näher eingegangen werden.

§ 788.

Erteilt der Anweisende die Anweisung zu dem Zwecke, um seinerseits eine Leistung an den Anweisungsempfänger zu bewirken, so wird die Leistung, auch wenn der Angewiesene die Anweisung annimmt, erst mit der Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger bewirkt.

E. I 609, E. II 622, RV. 772. — Mot. S. 562—3, Prot. II S. 387, D. S. 142.

1. **„Anweisung ist keine Zahlung“**: Während § 787 von den Kausalbeziehungen des Anweisenden zum Angewiesenen redet, beschäftigen sich die §§ 788—9 mit dem Verhältnis desselben zum Anweisungsempfänger. Ist dieser Gläubiger des Anweisenden, so bleibt die Frage zu beantworten, ob er sein Recht schon durch die Anweisung, richtiger ihre Annahme, oder erst durch in Verfolg derselben geschehene Leistung des Angewiesenen verliert. Das reine Römische Recht scheint die Frage in der ersteren Richtung gelöst zu haben: „qui delegat solvit“ s. Wendt S. 44ff., Lenel S. 128ff., a. A. Windscheid § 412 No. 17. Dagegen bildete sich im Gemeinen Recht die umgekehrte Anschauung aus: „Anweisung ist keine Zahlung“, anerkannt z. B. vom RG. bei Seuffert 36 Nr. 32, ähnlich auch Landrecht §§ 282—3, SächsGB. § 1337. Auch das BGB. schließt sich nunmehr dieser modernen Lehre an: indem es die Schuld des Angewiesenen „erst mit der Leistung des Angewiesenen“ an den Empfänger als bewirkt ansieht, leugnet es zugleich die Anknüpfung dieser Wirkung an die Anweisung oder ihre Annahme.

2. **Allgemeines Prinzip des § 788**: Die Bedeutung des § 788 erschöpft sich nicht mit dem zu 1 Gesagten. Auch wenn es sich nicht um Schuldtilgung, sondern um irgend eine andre vom Anweisenden an den Empfänger zu machende Leistung handelt, tritt sie im angegebenen Zeitpunkt ein, z. B. er will ihm ein Darlehn geben, eine Schenkung machen, und bedient sich des Angewiesenen zur Auszahlung der Valuta. Sobald der letztere geleistet hat, sind diese Kausalakte realisiert; die Schenkung ist folgerecht nunmehr wirksam geworden trotz fehlender Form, § 518 Abs. 2.

3. **Was als Empfang der Leistung gilt**, darüber entscheiden im allgemeinen Grundsätze: nicht nur eine reale Leistung, sondern auch Hingabe an Zahlungsstatt, unwiderrufliche Hinterlegung, durchgeführte Aufrechnung; aber auch schenkweiser Erlaß der dem Empfänger gegen den Angewiesenen auf Grund des Akzepts zustehenden Forderung muß genügen. Stundungsvertrag zwischen beiden begründet die Wirkung an sich nicht, weil ja die Forderung des veränderten Zahlungszieles dieselbe bleibt, Mot. S. 563. Doch kann dabei die Absicht die sein, daß der Angewiesene das bisher nur aus dem Akzept Geschuldete nunmehr als Darlehen behalten soll, s. oben zu § 607 Nr. 2c; alsdann erscheint das alte Schuldverhältnis getilgt und durch ein ganz anderes ersetzt, die Wirkung des § 788 ist also eingetreten. Läßt der Empfänger die Summe einfach seinem beim Angewiesenen bereits vorhandenen Guthaben zuschreiben, so möchte ich eine derartige Wirkung sogar im Zweifel als beabsichtigt annehmen; das Gutgeschriebene erhält damit doch den gleichen rechtlichen Charakter wie das bisherige Guthaben.

4. Über die sonstige **Bedeutung des Kausalverhältnisses zwischen dem Anweisenden und Anweisungsempfänger** enthält das BGB., von § 789 abgesehen, keine Bestimmung.

a) Es schweigt insbesondere über die Frage, ob der anweisende Schuldner dem Gläubiger gegenüber dazu verpflichtet sei, daß durch den dritten geleistet werde, und ob daher die Nichthonorierung der Anweisung ohne weiteres einen Regreß gegen jenen begründe, s. dazu Wieland S. 202ff. Es kann — so auch Wieland — keinem Zweifel unterliegen, daß diese Frage im allgemeinen **zu verneinen** sei, der bisherigen Praxis entsprechend, s. ROHG. 13 Nr. 103 S. 313. Der Anweisende kann folgerecht auch trotz der Anweisung noch immer selbst zahlen und sich dadurch befreien. Aber in vielen Fällen wird anders zu entscheiden sein; einmal kraft besonderer dahingehender

Abrede, dann aber auch ohne solche wenigstens im Zweifel überall da, wo die Anweisung allein oder doch vorwiegend im Interesse des Empfängers ausgestellt ist, etwa um ihm eine erhöhte Bequemlichkeit bei der Einkassierung zu verschaffen. So insbesondere, wenn die Anweisung dem Empfänger an einem dritten Orte Geldmittel verschaffen soll (Kreditbriefe!), aber auch wohl — so wenigstens Wieland S. 203 mit guten Gründen — überall da, wo der Anweisungsempfänger sich das Recht ausbedungen hat, die Ermächtigung weiter zu begeben.

b) Wegen der Frage der Widerruflichkeit s. Bem. 1 zu § 790.

c) Der Umstand, daß die Anweisung den Zweck des § 788 verfolgt, berechtigt uns nicht, in ihr eine Übertragung der Forderung gegen den Anweisenden zu erblicken. Im Konkurse insbesondere ist diese noch immer eine Forderung des Anweisenden und jetzigen Gemeinschuldners, und als solche zu behandeln, so mit Recht OLG. Zweibrücken, 24. XII. 1901, bei Seuffert 58 Nr. 32 S. 59ff. Von einer Aussonderung durch den Gläubiger ist keine Rede. Anders teilweise Kuhlenbeck Nr 2 zu § 791.

§ 789.

Verweigert der Angewiesene vor dem Eintritte der Leistungszeit die Annahme der Anweisung oder verweigert er die Leistung, so hat der Anweisungsempfänger dem Anweisenden unverzüglich Anzeige zu machen. Das gleiche gilt, wenn der Anweisungsempfänger die Anweisung nicht geltend machen kann oder will.

E I 611, E. II 624[a], RV. 773. — Mot. S. 564—5, Prot. II S. 388.

1. **Prinzip**: Die Bestimmung des § 789 trifft **in allen Fällen der Anweisung** zu, ohne Rücksicht auf die Eigenart des Kausalverhältnisses. Sie wäre freilich insoweit unnötig gewesen, als in der Anweisung ein Auftrag zur Erhebung der Leistung liegt, weil sich die hier auferlegte Pflicht dann schon aus den Regeln des Auftrages ergibt. Man bedurfte ihrer aber, da ein solcher durchaus nicht in jeder Anweisung zu finden ist, während die Grundsätze von Treu und Glauben eine Anzeigepflicht gebieterisch erheischen, s. Mot. 565. So auch Landrecht § 280.

Eine Verletzung der Pflicht verbindet den Anweisungsempfänger zum Schadensersatz nach allgemeinen Grundsätzen; so ausdrücklich Entw. I § 611.

2. **Die Anzeige selbst** ist eine einseitige Erklärung; sie muß **unverzüglich** erfolgen, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, § 121, auch dies bei Vermeidung einer Ersatzpflicht (s. Weyl, Verschuldensbegriffe S. 30).

3. **Anwendungsgebiet.** Der Satz kommt zur Anwendung, wenn der Angewiesene:

a) Entweder vor dem Eintritt der Leistungszeit die Annahme verweigert. Schweigen oder ausweichende Antwort stehen der Weigerung an sich nicht gleich, doch kann nach Lage der Sache leicht eine solche darin gefunden werden.

Eine Weigerung der Annahme nach eingetretener Fälligkeit genügt nach dem Wortlaut des Paragraphen nicht, da jetzt nur sofortige Zahlung in Frage steht. Doch kann darin in Wahrheit eine Zahlungsweigerung zu finden sein.

b) **Weigerung der Zahlung**, einerlei ob die Anweisung vorher angenommen war oder nicht.

4. Der weitere Satz der Entwürfe, wonach der Empfänger den Angewiesenen „im Zweifel" zur Leistung auffordern muß, ist in das Gesetz nicht übergegangen — mit Recht, denn es liegt ja in der Anweisung nicht überall ein Auftrag. Nur die Besonderheit des Kausalverhältnisses kann solche Pflicht begründen.

Dagegen muß der Empfänger, wenn er die Anweisung nicht geltend machen will (oder kann), dies gleichfalls dem Anweisenden anzeigen, S. 2.

5. Noch viel weniger ist der Empfänger ohne weiteres verpflichtet, die Anweisung dem Angewiesenen zur Präsentation auf Akzept vorzulegen. Und auch eine sonstige, allgemeine **Pflicht zur sorgfältigen und rechtzeitigen Geltendmachung der Anweisung** dem Angewiesenen gegenüber legt das Gesetz dem Empfänger **nicht** auf, womit nicht ausgeschlossen ist, daß das Kausalverhältnis oder eine besondere Abrede mit dem Anweisenden sie begründen könne.

Weiter geht Wieland S. 214ff., der die Präsentationspflicht und die Einhaltung einer angemessenen Präsentationsfrist im Wesen der Anweisung als Ermächtigung

ohne weiteres begründet sein läßt, S. 221. Nichtbeobachtung dieser Pflicht soll die Anwendung der Verzugsregeln herbeiführen, obwohl sie nicht direkt, sondern nur sinngemäß anwendbar seien, S. 222. Allerdings kann der Anweisende in der Regel nicht Erfüllungssurrogate setzen, soweit nämlich der Anweisungsempfänger ein Recht darauf besitzt, die Leistung gerade vom dritten zu empfangen (s. Nr. 4 zu § 788). Aber es sei anzunehmen, daß der Empfänger für den aus verspäteter Präsentation entstehenden Schaden hafte, d. h. dafür, daß die Befreiung des Anweisenden gegenüber dem Empfänger infolge der Verspätung verhindert worden ist.

Allein ich sehe nicht ein, wie das alles aus dem Wesen der Anweisung als solcher folgen soll. Insbesondere die Ersatzpflicht kann den Gläubiger nicht als solchen treffen, sondern nur, soweit er sich zur Geltendmachung der Anweisung seinerseits verpflichtet hat. Mit der Annahme einer solchen Pflicht mag man so weitherzig wie möglich verfahren; ich lehne nur ab, in ihr ein unerläßliches Attribut der Anweisung als solcher zu sehen, meine auch, daß sie für manche Fälle (z. B. bei Kreditbriefen) schlechthin unpassend wäre. Wie hier Staudinger Nr. II.

§ 790.

Der Anweisende kann die Anweisung dem Angewiesenen gegenüber widerrufen, solange nicht der Angewiesene sie dem Anweisungsempfänger gegenüber angenommen oder die Leistung bewirkt hat. Dies gilt auch dann, wenn der Anweisende durch den Widerruf einer ihm gegen den Anweisungsempfänger obliegenden Verpflichtung zuwiderhandelt.

E. I 612, E. II 625, RV. 774. — Mot. S. 565—6, Prot. II S. 388, D. S. 142.

Literatur: v. Tuhr S. 35 ff.

1. **Allgemeines**: Daß die Anweisung **widerruflich** sei, folgt aus ihrem Wesen als Vollmacht und wurde schon im bisherigen Recht meistens anerkannt, so auch nunmehr vom BGB. Aber gleichfalls im Einklang mit der bisherigen Doktrin und Gesetzgebung (s. Windscheid § 412 No. 16, Wendt S. 157; Landrecht aaO. § 275, SächsGB. § 1330) läßt es die Widerruflichkeit von dem Augenblick an aufhören, wo der Empfänger durch die Annahme der Anweisung ein selbständiges, abstraktes Forderungsrecht gegen den Angewiesenen erlangt hat, oder wo gar die Leistung an ihn bewirkt ist.

Bis dahin ist die Widerruflichkeit mit Wirkung nach außen, dem Angewiesenen gegenüber, der Anweisung immanent (anders als der Vollmacht nach § 168). Die Meinung von Kipp zu Windscheid S. 761 und Düringer-Hachenburg S. 432, daß der Anweisende dem Angewiesenen gegenüber wirksam auf das Widerrufsrecht verzichten könne, hat den Wortlaut des § 790 gegen sich und erweckt auch sonst Bedenken, s. dagegen v. Tuhr S. 35 Anm. 47. Die Anweisung ist eine einseitige Erklärung; die Nichtwiderrufsklausel könnte nur deren Bestandteil sein. Also könnte durch den gemäß § 790 zulässigen Widerruf die ganze Erklärung einschließlich jener Klausel widerrufen werden. Will der Anweisende dem Empfänger ein unwiderrufliches Recht verschaffen, so muß er ihm eine gewöhnliche Inkassovollmacht erteilen, die unwiderruflich gemacht werden kann, v. Tuhr aaO.

Die Frage freilich, ob der Anweisende dem Empfänger gegenüber zum Widerspruch berechtigt sei, konnte und wollte das Gesetz damit nicht entscheiden. Das Kausalverhältnis wird eine Pflicht zum Nichtwiderruf öfters mit sich bringen, und ihre Verletzung macht den Anweisenden vielleicht ersatzpflichtig — aber der Gültigkeit des Widerrufes soll das nach der gemessenen Bestimmung von Satz 2 nicht schaden. Aus dem bloßen Umstand, daß mit der Anweisung der Zweck des § 788 verfolgt wird, dürfte eine solche Pflicht noch nicht zu folgern sein.

2. **Form des Widerrufes**: Er vollzieht sich durch einseitige, empfangsbedürftige Erklärung — nach §§ 130 ff. — an den Angewiesenen. Ein dem Empfänger gegenüber erteilter ist jedenfalls nach außen, im Sinne von § 790, wirkungslos. Ob sich der Empfänger daran kehren muß, hängt lediglich von dem internen Verhältnis zum Anweisenden ab, Lenel S. 120.

3. Der Widerruf soll **von der Annahme an unwirksam sein**, Nr. 1. Wie aber, wenn eine noch nicht fällige Anweisung schon vorher angenommen wird? Das ROHG. Bd. 1 Nr. 19 S. 71, ihm folgend Dernburg, Pand. II § 119 No. 12, will den Angewiesenen zu einem solchen Verhalten nur für befugt gelten lassen, wenn es der Uebung in den fraglichen Verkehrskreisen entspreche. Das scheint mir nach dem BGB. nicht mehr unterschiedslos zuzutreffen. Man wird den Angewiesenen nicht für verpflichtet erachten, mit der Möglichkeit eines, im ganzen doch fernliegenden, Widerrufes zu rechnen. Jedenfalls gibt das Recht der Anweisung als solcher keinen Anlaß, die im vorliegenden Titel überall als vorhanden vorausgesetzte Annahmebefugnis zu beschränken. Daß aus dem vorhandenen Kausalverhältnis oder einer besonderen Instruktion des Anweisenden das Gegenteil anzunehmen sein kann, ist natürlich; auch darf der Angewiesene nicht vorsätzlich, zur Abschneidung des Widerrufsrechtes des Anweisenden, die Annahme vornehmen; er würde dann gegen § 242, auch wohl 826 verstoßen. So auch Staudinger Nr. 4.

4. **Leistet der Angewiesene nach Widerruf**, so handelt er auf seine Gefahr. Er erlangt dann einen Rückgriff nicht mehr auf Grund der in der Anweisung liegenden Ermächtigung, sondern höchstens nach den Regeln der Geschäftsführung; dies auch, wenn der Widerruf dem Empfänger gegenüber rechtswidrig war.

5. Bedeutung einer **Zurückgabe der Anweisung** an den Anweisenden (s. Planck Nr. 1 a. E.)? War die Annahme schon erfolgt, so war der Empfänger Gläubiger des Angewiesenen geworden, und das kann die Zurückgabe allein nicht ändern, sondern nur eine etwa mit ihr verbundene Zession des erworbenen Rechts. Andernfalls dagegen wird durch Zurückgabe der Anweisung die darin liegende Ermächtigung restlos beseitigt; eines Widerrufes bedarf es nicht mehr.

§ 791.

Die Anweisung erlischt nicht durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines der Beteiligten.

E. I 613, E. II 626; RB. 775. — Mot. S. 566—9, Prot. II S. 389.

1. Die für das Gemeine Recht auf Grund der Mandatstheorie nicht selten vertretene Behauptung, daß die Anweisung durch den Tod erlösche, ist für die kaufmännische Anweisung hinsichtlich des Todes des Anweisenden schon durch das HGB. Art. 297 hinfällig geworden; nunmehr erklärt § 791 den Tod irgend eines der drei Beteiligten für unschädlich. Nicht nur ist, wie bei der Offerte, § 153, der Tod des Anweisenden unerheblich, sondern auch der des Angewiesenen oder Anweisungsempfängers, s. die Begründung in den Mot. S. 567.

Dasselbe gilt vom Eintritt der Geschäftsunfähigkeit — also natürlich erst recht von der bloßen Minderung der Geschäftsfähigkeit — eines Beteiligten.

2. Ob die Anweisung schon angenommen war oder nicht, macht für die Anwendbarkeit des Paragraphen keinen Unterschied.

3. Daß die Bestimmung einer anderweiten Festsetzung in der Anweisungsurkunde weicht, ist selbstverständlich.

4. **Wirkung des Konkurses:**

a) Daß die Anweisung durch den Konkurs des Anweisungsempfängers nicht erlösche, ist herrschende Meinung, s. z. B. Jäger zu § 23 KO. Anm. 20; dagegen aber mit guten Gründen v. Tuhr S. 24 ff., der annimmt, daß der Anweisende nur gutgläubige Leistung an den Empfänger vor Kenntnis der Konkurseröffnung gegen sich gelten lassen müsse.

b) Erlischt sie durch den Konkurs des Anweisenden? Man wird scheiden müssen, ob sie schon vorher angenommen war oder nicht. Ersterenfalls übt der Konkurs keinen Einfluß auf das erworbene Recht des Empfängers aus; auch kann der Konkursverwalter ebensowenig noch vom Angewiesenen Leistung zur Masse fordern, als der Anweisende selbst es noch vermocht haben würde (s. Bem. 1 Abs. 3 zu § 787).

Letzterenfalls dagegen erlischt die Anweisung zwar wohl nicht ipso iure, aber man wird mit Jäger zu § 8 Anm. 2 ff., § 17 Anm. 38 und § 23 Anm. 17—8 den Verwalter zum Widerruf für berechtigt — und zugleich kraft seiner Amtspflicht verpflichtet — erachten müssen. Die teilweise streitigen (s. einerseits Jäger aaO., andererseits Kuhlenbeck Nr. 2) Einzelheiten können hier, als vorwiegend konkursrechtlich, nicht

näher verfolgt werden. Auch vor Widerruf wird der Angewiesene mit Wirkung dem Verwalter gegenüber nur dann noch die Anweisung anzunehmen imstande sein, wenn er bei der Annahme (oder Zahlung ohne vorgängige Annahme) von der Konkurseröffnung noch in Unkenntnis war; § 8 KO. muß auf diesen Fall wegen Gleichheit des Grundes entsprechend angewendet werden, s. die zutreffenden Bemerkungen bei Jäger zu § 8 Anm. 4 und die dort zitierten, ebenso OLG. Zweibrücken bei Seuffert 58 Nr. 32 S. 63 (das sogar, wenn ich es recht verstehe, die Annahme in diesem Fall dem Verwalter gegenüber schlechthin für unwirksam erachtet, nach KO. § 15).

§ 792.

Der Anweisungsempfänger kann die Anweisung durch Vertrag mit einem dritten auf diesen übertragen, auch wenn sie noch nicht angenommen worden ist. Die Übertragungserklärung bedarf der schriftlichen Form. Zur Übertragung ist die Aushändigung der Anweisung an den dritten erforderlich.

Der Anweisende kann die Übertragung ausschließen. Die Ausschließung ist dem Angewiesenen gegenüber nur wirksam, wenn sie aus der Anweisung zu entnehmen ist oder wenn sie von dem Anweisenden dem Angewiesenen mitgeteilt wird, bevor diese die Anweisung annimmt oder die Leistung bewirkt.

Nimmt der Angewiesene die Anweisung dem Erwerber gegenüber an, so kann er aus einem zwischen ihm und dem Anweisungsempfänger bestehenden Rechtsverhältnis Einwendungen nicht herleiten. Im übrigen finden auf die Übertragung der Anweisung die für die Abtretung einer Forderung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

E. II 627, RV. 776. — Prot. II S. 389—91, D. S. 143.

1. **Allgemeines**: Ob die Anweisung allgemein frei übertragbar sei, war im bisherigen Recht nicht unbestritten; dafür hinsichtlich des Römischen Rechtes Wendt S. 122ff., des Preußischen Dernburg, Privatrecht II § 52 a. E.; HGB. Art. 301 ließ die kaufmännische Anweisung sogar an Order gestellt werden können. Das BGB. hat, während Entw. I schwieg, die Frage gleichfalls **bejaht**, jedoch nur kraft eines ausdrücklich für nachgiebig erklärten Satzes (unten Nr. 3) und unter gewissen besonderen Kautelen, Abs. 2, s. unten Nr. 3.

Ihrem Wesen nach ist die Übertragung der Anweisung eine **Substitution in die Einziehungsermächtigung** oder, nach der Lenelschen Theorie (s. Vorbem. 1b) in die Inkassovollmacht; hinfort ist nicht nur die Leistung an den ersten, sondern auch die an den zweiten Empfänger im Rechtssinn als eine Leistung (wenn auch nicht gerade als Zahlung im technischen Sinne) an den Anweisenden anzusehen, Lenel S. 121. Eine Zession dagegen ist in der Übertragung an sich nicht zu finden: das ist klar, wenn sie vor Annahme der Anweisung geschah, weil es alsdann überhaupt an einem zu übertragenden Forderungsrecht fehlte, so auch v. Tuhr S. 32ff. Aber auch nach der Annahme ist der Charakter an sich kein anderer. Freilich kann der Empfänger sein dadurch gewonnenes abstraktes Recht nach den allgemeinen Regeln der §§ 398ff. abtreten; aber das hätte keiner besonderen Regelung im Gesetze bedurft, und ist etwas anderes als die Uebertragung der Anweisung. Daß diese einen ganz verschiedenen Charakter haben soll, je nachdem sie vor oder nach der Annahme geschah, ist nicht zu vermuten. So auch Kuhlenbeck Nr. 2, Wieland S. 171, Staudinger Nr. III. Anders Crome § 309 Nr. II, 2a.

Die Wirkung ist vielmehr die, daß die Zahlung an den zweiten Empfänger sich jetzt nach dem Rechte der Anweisung zugleich auf das Schuldverhältnis des Angewiesenen zum ersten Empfänger und auf das zum ersten Anweisenden bezieht; beide werden durch eine Leistung an den zweiten Empfänger erledigt (wenn schon nicht gerade im technischen Sinne bezahlt).

Aus Abs. 3 Satz 2 kann gegen das Gesagte kein Einwand hergeleitet werden. Es heißt dort nur, daß auf das Verhältnis die über die Abtretung von Forderungen geltenden Sätze entsprechende Anwendung finden, nicht daß der Akt eine Abtretung sei. Eher umgekehrt: wäre er im Sinne des Gesetzes eine solche, was sollte dann eine bloß entsprechende Anwendung dieser Sätze — statt einer direkten? Die Bedenken von Wendt S. 139 sind daher nicht durchschlagend.

Natürlich kann jetzt auch dem zweiten, wie sonst dem ersten, Anweisungsempfänger gegenüber die Anweisung angenommen werden.

2. Für die **Form** der Übertragung gibt Abs. 1 besondere Bestimmungen, die einer weiteren Erläuterung nicht bedürfen. Wegen der Schriftform ist § 126 maßgebend; auf die Anweisungsurkunde selbst braucht die Erklärung nicht gesetzt zu werden. — Kaufmännische Anweisungen werden durch Indossament übertragen, HGB. § 363.

3. Zu **Abs. 2**: Auch die, im Gesetze besonders vorgesehene, Ausschließung der Übertragbarkeit bedarf, um dem Angewiesenen gegenüber zu wirken, der im Text angegebenen Form. — Die hier genannte **Mitteilung** ist eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung nach §§ 130ff.; eine anderswoher erlangte Kenntnis des Angewiesenen von der Übertragungsbeschränkung kann nach dem zweifelsfreien Wortlaut des Abs. 2 ihm gegenüber keine Wirkung beanspruchen.

4. **Wieweit können dem zweiten Empfänger**, der durch Annahme der Anweisung ihm gegenüber Rechte gegen den Angewiesenen erworben hat, **Einwendungen entgegengesetzt werden?** Zunächst ist er natürlich denselben Einwendungen ausgesetzt, wie sie nach § 784 überhaupt ein Anweisungsempfänger gegen sich gelten lassen muß. Ob er daneben auch solchen aus der Person des ersten Empfängers unterliegt, bestimmt sich nach **Absatz 3**:

a) Danach finden im allgemeinen die Sätze über die Abtretung von Forderungen, §§ 398ff., entsprechende Anwendung. Und zwar sind ohne weiteres anwendbar die §§ 402 (Auskunftspflicht des Zedenten), 405 (simulierte Forderung), 406 (Aufrechnung). Unanwendbar sind die §§ 399–400, 401 (weil bei der nicht angenommenen Anweisung Vorzugsrechte nicht in Betracht kommen können, so richtig Goldmann-Lilienthal S. 842 gegen meine Aufl. 1), 411; unnötig, weil durch die Sonderbestimmungen des Anweisungsrechtes gedeckt oder überholt, die §§ 403, 407—410 (wegen § 792 Abs. 1 in Verbindung mit § 785).

b) **Besonders ausgeschlossen** ist die Anwendbarkeit **des § 404**, indem dem Anspruch des zweiten Empfängers nach der ihm gegenüber vollzogenen Annahme der Anweisung Einwendungen aus dem Verhältnis zwischen dem Annehmenden und dem ersten Empfänger (s. über derartige Einwendungen Bem. zu § 784) nicht mehr entgegengesetzt werden können.

Das muß auch gelten, wenn die Anweisung schon dem ersten Empfänger gegenüber angenommen war und nun auch dem zweiten gegenüber angenommen wird. Denn dann wird durch die Zweitannahme dem Zweitempfänger gegenüber die Bedeutung der ersten beseitigt, so auch Jacobi, Wertpapiere S. 299, anders meine Aufl. 1. Nur, wenn der neue „Empfänger" als gewöhnlicher Zessionar des ersten in Bezug auf dessen aus der Annahme erlangtes Forderungsrecht gegen den Angewiesenen auftritt, muß er sich Einwendungen aus der Person seines Vormanns gefallen lassen, Jacobi aaO.

5. Seiner Pflichten gegen den ersten Anweisenden, namentlich aus § 789, wird der Empfänger natürlich durch die Übertragung der Anweisung nicht ledig, Prot. S. 391.

Zweiundzwanzigster Titel.

Schuldverschreibung auf den Inhaber.

Vorbemerkung.

Literatur: a) ältere: Kuntze, Die Lehre von den Inhaberpapieren, 1857; Brunner in Endemanns Handbuch II S. 196, Goldschmidt in seiner Zeitschr. 28 63 ff., H. Lehmann, Zur Theorie der Wertpapiere, 1890. — Wegen der geschichtlichen Entwicklung s. namentlich Brunner in Goldschmidts Zeitschr. 22 23. b) Neuere: Cordes, Begriff und Arten der Wertpapiere, Kieler Dissert. 1898, Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 103 ff., Jacobi, Die Wertpapiere, 1901 (dazu Pappenheim, KrVJSchr. 44 334 ff.), Ritter, Allgemeine Lehren des Handelsrechts, S. 141 ff.

1. **Entstehung und Wesen der Wertpapiere:** Das Institut der Inhaber- wie der verwandten Orderpapiere ist höchstwahrscheinlich dem Römischen Recht fremd gewesen, hat sich vielmehr erst im mittelalterlichen Geschäftsverkehr namentlich Italiens entwickelt und ist von da aus auch nach Deutschland übernommen. Eine eingehende gesetzliche Anerkennung hat lange gefehlt; erst in den neuesten Kodifikationen, so im SächsGB. und vor allem nunmehr im BGB., ist sie enthalten.

Das Inhaberpapier ist eine Unterart der **Wertpapiere**, d. h. der Papiere, bei denen die Urkunde nicht nur, wie gewöhnlich, dem Beweise, oder, wie bei erforderlicher Schriftform, der Entstehung, sondern auch der Fortdauer des Rechtes dient, so daß dieses in seinem ganzen Werdegang von der Urkunde getragen und gewissermaßen verkörpert wird, die Innehabung der Urkunde zur Ausübung des darin verbrieften Rechtes notwendig ist, s. Jacobi S. 23. Damit hängt zusammen, daß bei diesen Wertpapieren meistens der Berechtigte nicht nur die Leistung erst verlangen kann gegen Vorzeigung und Aushändigung des Papieres, sondern sich auch zu diesem Zwecke beim Schuldner einfinden muß („Präsentationspapiere", Brunner) — natürlich, denn bei der lockeren Verknüpfung des Rechtes mit der Person eines Berechtigten muß der jeweilige Gläubiger zur Leistungszeit sich erst als solcher gewissermaßen vorstellen.

2. **Arten der Wertpapiere; Inhaberpapiere:** Nach der Art, wie das Papier erworben wird, sondert man unter den Wertpapieren drei Formen:

a) **Inhaberpapiere** (s. Jacobi S. 255 ff.): Das Recht aus dem Papier wird einfach durch den dinglichen Erwerbsakt des Papiers selbst miterworben, und kann von jedem Inhaber ausgeübt werden.

b) **Orderpapiere** (s. Jacobi S. 246 ff.): Es wird außer dem Akte zu a) die Legitimation des Berechtigten durch eine vom ersten Gläubiger ab fortlaufende, formell ununterbrochene Kette von Übertragungen in Form von Namensbezeichnungen erfordert (Indossament).

c) **Rektapapiere** (s. Jacobi S. 236 ff.), bei denen das Indossament unstatthaft ist, die Übertragung der Rechte vielmehr durch gewöhnliche Abtretung erfolgt oder sogar ganz ausgeschlossen ist.

Die einzelnen Arten der Wertpapiere brauchen hier nicht aufgeführt zu werden (s. besonders die reichhaltige Kasuistik bei Jacobi S. 278 ff.), zumal ein sehr großer Teil der Fälle über das Gebiet des bürgerlichen Rechts im engeren Sinne hinausgeht. Von den im BGB. geregelten Urkunden gehören außer den Inhaberschuldverschreibungen und den Papieren der §§ 807, 8 insbesondere noch die Hypotheken- und Grundschuldbriefe dahin, ferner die Anweisungsurkunden (Jacobi S. 292 ff.). Zweifelhaft ist die Zugehörigkeit zu den Wertpapieren hinsichtlich der Banknoten; im Gegensatz zu manchen andern rechnet Gierke S. 100 sie überhaupt nicht dazu (da sie vielmehr Geldzeichen seien), ebenso im allgemeinen Jacobi S. 24 ff., der aber für das Verhältnis zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten umgekehrt entscheidet.

3. **Standpunkt des BGB.**: Es behandelt von den drei Formen der Wertpapiere nur die erste als solche; die Orderpapiere kommen fast nur im Handels- und Wechselrecht vor und werden in den einschlägigen Gesetzen erledigt; über die Rektapapiere lassen sich besondere gesetzliche Bestimmungen schwer geben, der Begriff ist wesentlich ein negativer, da alle nicht zu a—b gehörigen Wertpapiere dahin zählen.

Aber auch die Inhaberpapiere werden vom BGB. nicht besonders behandelt, sondern nur, sofern sie gerade ein Forderungsrecht verkörpern: **„Schuldverschreibung auf den Inhaber"**.

Über sonstige Rechte, die in einem Inhaberpapier verbrieft sein können — es kommen in dieser Beziehung vorzüglich noch vor genossenschaftliche Mitgliedschaftsrechte (Aktien!) sowie gewisse Formen des Pfandrechts (Grundschuldbriefe auf den Inhaber, zugelassen im BGB. § 1195) — ist an dieser Stelle nichts bestimmt. Ob und wieweit die vorliegenden Bestimmungen auf derartige Fälle anwendbar sind, läßt sich nicht allgemein sagen; § 1195 gestattet ausdrücklich ihre „entsprechende Anwendung" auf Inhabergrundschuldbriefe.

Selbst das Recht der Inhaberschuldverschreibungen behandelt Titel 22 **nicht erschöpfend**, sondern nur nach seiner **forderungsrechtlichen** Seite; die Frage nach dem Eigentumserwerb am Inhaberpapier wird im Sachenrecht geregelt, §§ 929 ff., 935 Abs. 2 (wie früher HGB. Art. 307).

4. **Die Ausstellung der Inhaberpapiere** gibt das BGB. grundsätzlich jedermann frei, vorbehaltlich jedoch der sehr wichtigen Einschränkung in § 795 (s. Bem. dazu). Ferner „werden die Beschränkungen, welche kraft besonderer gesetzlicher Bestimmungen polizeilichen, verwaltungsrechtlichen oder finanzpolitischen Charakters für bestimmte Unternehmungen (z. B. Lotterien) gesetzt sind" (Mot. S. 695), nicht berührt; ebensowenig die bestehenden reichsrechtlichen Sondervorschriften, so die des RG. vom 8. VI. 1871 über die Inhaberpapiere mit Prämien, des Reichsbankgesetzes vom 14. III. 1875. S. auch die neue Strafbestimmung EG. Art. 34 Nr. IV (RStrGB. § 145a). Unstatthaft ist ferner, solche Papiere auf den Inhaber zu stellen, bei denen der Ausschluß sich entweder aus einer besonderen Bestimmung des BGB., oder daraus ergibt, daß ihre Eigenart gerade auf einer besonderen Form beruht: so beim Wechsel. Er kann seine eigentümlichen Wirkungen nur unter Wahrung der von der Wechselordnung vorgeschriebenen charakteristischen Form äußern.

Dagegen steht mangels einer besonderen Beschränkung schwerlich etwas im Wege, z. B. Lagerscheine auf den Inhaber zu stellen, so RG. ZS. I vom 12. XII. 1904, DJZ. 05 267 gegen Makower und Staub.

5. **Über den Grund der Verpflichtung** des Schuldners aus dem Inhaberpapiere bestand bisher eine der berühmtesten Kontroversen des deutschen Privatrechtes. Es finden sich darüber hauptsächlich drei Theorien (s. die klare und knappe Übersicht bei Cosack-Gerber, Privatrecht § 236 Anm.):

a) **die Vertragstheorie** (Goldschmidt, Brunner) erfordert zur Entstehung der Verbindlichkeit einen Vertrag des Ausstellers mit dem ersten Nehmer, entweder nur zu dessen gunsten, oder zugleich zugunsten aller späteren Nehmer, die nach dieser Nuance dann nicht Rechtsnachfolger des ersten werden;

b) **die Emissionstheorie** (Stobbe) verlangt wenigstens einen bewußten Ausgabeakt des Ausstellers, der aber nicht notwendig einen Vertrag darstellen muß, sondern auch z. B. gegenüber einem Geisteskranken wirksam vollziehbar ist;

c) **die Kreationstheorie** (Kuntze, Dernburg, Cosack) erfordert nur einen einseitigen Schaffungsakt. Das Papier als Medium des darin verkörperten Rechtes ist entstanden und kann nur, solange es noch in der Hand des Ausstellers ist, nicht zur Gewinnung einer präsenten Forderung dienen. Sie ist die m. E., vor allem vom praktischen Standpunkt, allein haltbare und in der Neuzeit am meisten verbreitete.

Daß von diesen Theorien das BGB. die Kreationstheorie aufgenommen habe, ist die weitaus vorherrschende Annahme, dafür vorzüglich der Sonderaufsatz von Langen, ArchBürgR. 27 161 ff., ferner Cosack § 255, II, § 257, I, Crome § 310 Nr. 1c, Dernburg § 147, II; Behrend, Die Stiftungen, 1905, S. 344, Enneccerus S. 797, Endemann § 196 Nr. 3a, Planck zu § 793 Nr. 2, Staudinger das. Nr. II, Kipp zu Windscheid § 304 bei Nr. IV. Auch H. Lehmann, der bisher eine Sonderansicht vertrat, hält mit BGB. § 794 die Kreationstheorie für gesetzlich anerkannt, s. Lehmann-Stobbe III § 219 Anm. 35. Gegner der Kreationstheorie sind dagegen auch für das neue Recht Cordes aaO. S. 47, 51, Gierke S. 112 ff.

und besonders Jacobi S. 171ff, s. auch Eck S. 589—90. Vermittelnd Breit, Geschäftsfähigkeit S. 189ff.: keine Notwendigkeit einer Begebung durch Vertrag, aber wenn, wie in der Regel, ein solcher vorliegt, muß auf ihn das Schwergewicht gelegt werden.

M. E. ist die Kreationstheorie, wie schon in Aufl. 1, als die allein richtige anzuerkennen. Für sie spricht sowohl die Entstehungsgeschichte (s. Mot. S. 695—6) wie der Wortlaut der einschlägigen Sätze, besonders § 793, der nur von einer Ausstellung redet, und § 794. Die Gründe der Gegner können bei aller Beachtbarkeit nicht überzeugen. Cordes sieht sich, um die Haftung des Ausstellers aus dem gestohlenen Papier zu erklären, zu dem Auskunftsmittel einer gesetzlichen Sonderbestimmung genötigt, S. 63, womit er das Unzureichende der Vertragstheorie selbst eingesteht. Es ist — das gilt auch gegen die andern Gegner — außerordentlich mißlich, eine Bestimmung einfach als Sonderbestimmung abzutun, während sie bei Zugrundelegung einer anderen Theorie sich als deren folgerechte Durchführung ergeben würde. Was soll denn noch eine Theorie, die gerade bei der wichtigsten Probe praktisch versagt? Ferner ist die Frage erlaubt, warum eine entsprechende Schutzbestimmung zugunsten des guten Glaubens, wie sie § 794 angeblich darstellt, den redlichen Erwerber nicht auch gegen sonstige Mängel des Ausstellungsaktes — etwa Geschäftsunfähigkeit des Ausstellers — schützen solle? Und doch läßt § 796 derartige Einwendungen ausdrücklich zu, obwohl das Schutzbedürfnis hüben und drüben doch durchaus das gleiche ist und ein theoretischer Unterschied sich für eine ihrem Namen treu bleibende Vertragstheorie nicht auffinden läßt.

Jacobi unterstellt zugunsten des redlichen Dritterwerbers einen fiktiven Begebungsvertrag (S. 166ff., 181ff.); die Handlung des Ausstellers ihm gegenüber wird beurteilt nicht nach dem, was sie ist, sondern nach dem, was sie dem dritten schien und scheinen durfte. S. dagegen treffend Langen S. 169ff. und Cosack aaO. I, 1 a. E., der diese Theorie als „etwas gezwungen" bezeichnet. Die Parallele mit dem gutgläubigen Erwerb a non domino ferner schlägt schon deshalb nicht durch, weil dabei doch immerhin eine Sache vorhanden ist und nur die Person des Erwerbers in Frage steht, während das nur kreierte, nicht vertragsmäßig begebene Inhaberpapier nach der Vertragstheorie noch gar kein Recht zur Entstehung hat bringen können. Nicht nur der translative oder konstitutive Übergang eines vorhandenen, sondern die Schaffung eines ganz neuen Rechts wäre Folge des guten Glaubens, eine Eventualität, für die sich m. W. im Gesetz sonst kein Beispiel findet.

Gierke erblickt in der Haftung des Ausstellers nach § 794 eine Ersatzverbindlichkeit aus Schadensverursachung. Aber derartige außervertragsmäßige Ersatzpflichten bestehen doch nach dem BGB. in allen irgendwie vergleichbaren Fällen nur in der Haftung für das negative, nie in einer solchen für das positive Vertragsinteresse, so besonders im Falle des § 307. Es fehlte an jedem rechtspolitischen wie theoretischen Grund, warum das hier mit einem Male anders sein sollte. Aber auch Breits Lehre erweckt Bedenken. Ist das Papier durch rechtsgültigen Vertrag begeben, so übt dieser freilich auf das persönliche Verhältnis der Kontrahenten entscheidenden Einfluß; wegen seiner Mängel kann der Geber das Papier vom Nehmer zurückfordern. Aber gleichgültig ist das für die Bedeutung des Papiers als solchen. Es ist als Medium der darin verkörperten Rechte schon vor dem Vertrage da. Nur die Person des Berechtigten, nicht das Papier als Rechtsträger ist von Art und Gültigkeit des Begebungsvertrages beeinflußt.

6. Durch den Verpflichtungsakt der Ausstellung wird zunächst nur **der Schuldner** festgestellt; es bedarf aber zur Entstehung eines Schuldverhältnisses auch noch **eines Gläubigers**. Dies ist nach der schon bisher allein richtigen und im BGB. aufgenommenen Theorie immer der **jeweilige Eigentümer** des Papieres als solcher, nicht, wie Entw. I (s. Mot. S. 694) wollte, jeder selbst unredliche Inhaber (s. dagegen treffend Gierke, Der Entwurf und das Deutsche Recht S. 231). Das ergibt sich aus den Worten des § 793 Abs. 1: „es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist", s. Bem. dazu. Es sind also die Rechte **aus** dem Papier in eine Abhängigkeit gebracht vom Erwerb der Rechte **an** dem Papier. Dabei ist aber nach dem Vorbild des HGB. Art. 307 der sachenrechtliche Erwerbsakt noch gegenüber der allgemeinen Regel des § 935 Abs. 1 dadurch erleichtert, daß dem Erwerb des redlichen Nehmers nicht einmal die Eigenschaft des Papieres als einer gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sache schadet.

Der **bloße Inhaber** als solcher ist dagegen nicht aus dem Papier berechtigt. Aber es übt in seiner Hand wenigstens die Wirkung eines Legitimationspapieres aus, d. h.

der Schuldner wird durch Leistung auch an ihn befreit, § 793 Abs. 1 Satz 2, etwa analog wie nach § 407 durch gutgläubige Leistung an den materiell gleichfalls nicht mehr berechtigten Zedenten.

Anders konstruiert Matthiaß S. 672—3 den hier besprochenen Vorgang. Ihm erscheint der Inhaber als solcher als Gläubiger, aber soweit er nicht materiell berechtigt ist, steht seine Gläubigerschaft mit der Billigkeit in Widerspruch, ist daher mittelst einer exceptio doli angreifbar. Andererseits ist der Eigentümer als Nichtinhaber auch Nichtgläubiger. Aber § 793 gewährt gegen den nicht Verfügungsberechtigten nicht nur eine Einrede, sondern eine Einwendung im Sinne einer rechtshindernden Tatsache. § 793 Abs. 1 Satz 2 wäre ganz überflüssig und mißverständlich, wenn der Inhaber als solcher auch bereits Gläubiger wäre; der Satz hat Existenzberechtigung nur als Ausnahme von der Regel, daß das Schuldverhältnis durch Leistung nur an den Gläubiger erlischt; er ist ein Gegenstück zu dem ganz gleichlautenden § 808, für den Matthiaß seine Ansicht selbst nicht wiederholt (S. 682). Sie hat daher denn auch (s. die Angaben S. 672 Anm. 3 über ihre Gegner) bisher keine werbende Kraft bewährt.

Richtig ist nur, daß der Inhaber einen weiteren Beweis seines Rechtes nicht zu erbringen hat; dies nach Zweck und Wort laut des § 793. Den Mangel der klägerischen Verfügungsberechtigung muß der Schuldner behaupten und beweisen, s. dazu Jacobi S. 35 ff. Die Inhaberschaft des Papiers gilt eben prima vista als genügende Substantiierung für das angebliche Recht am Papier.

Einer **besonderen Abtretung** der Rechte aus dem Inhaberpapier bedarf es neben der sachenrechtlichen Übertragung nicht, ja angesichts des Wesens und Entstehungsaktes des Papiers ist dafür überhaupt kein Platz. Denn der Erwerber ist ja nicht Nachmann seines Vorgängers, sondern hat die Rechte aus dem Papier als dessen Eigentümer, aus eigenem Recht. Daher können ihm nach § 796 aus der Person des Vordermannes keine Einreden entgegengestellt werden, s. Bem. dazu.

7. Der Eigenart des Inhaberpapiers entspricht der in der Regel **abstrakte Charakter** des darin verkörperten Versprechens. Indes ist natürlich auch eine Angabe des Schuldgrundes im Papier zulässig, was unter Umständen wegen der dann nach § 796 erweiterten Zulässigkeit von Einreden („die sich aus der Urkunde ergeben") von großer Bedeutung ist. Dadurch freilich, daß der Schuldgrund in der Urkunde nur in enuntiativer Weise (Mot. S. 699) angeführt ist, wird das Versprechen noch nicht zum kausalen.

8. **Die ausdrückliche Aufnahme** der Inhaberklausel in der Urkunde ist unnötig; es genügt, wenn sich unzweideutig daraus ergibt, daß der Aussteller die Leistung einfach an „den Inhaber" verspricht, s. Mot. S. 697.

9. Das Inhaberpapier ist zu scheiden von den bloßen **Legitimationszeichen** („hinkende Inhaberpapiere"), die dem Schuldner nur das Recht geben, mit befreiender Kraft an den Inhaber zu zahlen, aber keineswegs die Forderung verkörpern, s. darüber § 808 und Bem. dazu.

10. **Übergangsbestimmungen** finden sich im EG. Art. 174 ff; **Vorbehalte** für die Landesgesetzgebung das. Art. 100 ff.

§ 793.

Hat jemand eine Urkunde ausgestellt, in der er dem Inhaber der Urkunde eine Leistung verspricht (Schuldverschreibung auf den Inhaber), so kann der Inhaber von ihm die Leistung nach Maßgabe des Versprechens verlangen, es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist. Der Aussteller wird jedoch auch durch die Leistung an einen nicht zur Verfügung berechtigten Inhaber befreit.

Die Gültigkeit der Unterzeichnung kann durch eine in die Urkunde aufgenommene Bestimmung von der Beobachtung einer besonderen

Form abhängig gemacht werden. Zur Unterzeichnung genügt eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift.

E. I 685, E. II 722, RV. 777. — Mot. S. 694—8, Prot. II S. 527—37, 559 bis 61, VI S. 209ff.

S. im allgemeinen die Vorbemerkung; es ist noch folgendes hinzuzufügen:

1. **Inhalt:** Die Urkunde kann auf eine **„Leistung"** gehen **von irgendwelcher Art**, soweit sie überhaupt den Inhalt eines Schuldverhältnisses nach allgemeinen Regeln bilden kann. Eine **Beschränkung auf Geld** ist dem Leben wie dem Gesetzbuch durchaus fremd.

2. Über die **Form** der Urkunde gibt Abs. 2 einige besondere Bestimmungen, die gegenüber der allgemeinen Schriftform des § 126 wesentliche, im Interesse des Verkehrs dringend erforderliche Erleichterungen bedeuten.

3. Als **berechtigt erscheint zunächst**, auch wenn er es in Wahrheit nicht ist, **der Inhaber**, ohne daß er einen weiteren Beweis seiner Legitimation zu erbringen hätte (s. dazu Jacobi S. 35, 37, 40). Seine Verfügungsberechtigung ist nicht als ein besonderer rechtsbegründender, sondern ihr Fehlen als rechtshindernder Umstand aufgefaßt, den der Gegner als solchen beweisen muß. Das entspricht dem Zweck des Instituts wie dem unzweideutigen Wortlaut des Textes: „es sei denn, daß". Der Schuldner kann sich der Verpflichtung entziehen durch den Nachweis der Nichtberechtigung des Inhabers, aber er erscheint solange als verpflichtet, bis er ihn zu führen vermag.

In seiner rechtlichen Bedeutung und inhaltlichen Tragweite ist der Begriff der Verfügungsberechtigung keineswegs einfach und überall zweifellos:

a) Sie ist identisch mit dem Eigentum am Papier. Einmal steht sie vielfach auch einem Nichteigentümer zu. Dahin gehört zwar nicht der Nießbraucher, der nach §§ 1077, 1082 nur mit dem Eigentümer zusammen verfügungsberechtigt ist, wohl aber der Pfandgläubiger (§ 1294), ferner der Inkassobevollmächtigte, der Konkursverwalter, der Ehemann in Bezug auf die von der Frau eingebrachten Papiere. Umgekehrt kann einem Eigentümer die Verfügungsberechtigung entzogen werden, s. Goldmann-Lilienthal S. 849, so während des Konkurses, kraft eines gerichtlichen Verbots nach § 1019, kraft des ehemännlichen Verwaltungsrechts.

b) Auch mit der, dem Eigentum grundsätzlich folgenden, Gläubigerschaft fällt sie nach dem zu a Gesagten nicht zusammen.

Man muß somit beim Inhaberpapier zwei Funktionen sondern; die Übertragungsfunktion, indem mit dem Recht am auch das aus dem Papier übergeht, und die Ausübungsfunktion, auf die es im Sinne von § 793 ankommt. Nur in Bezug auf sie kann man auch den Erneuerungsschein als Inhaberpapier bezeichnen, s. Bem. zu § 805. Immerhin wird der Regel nach die Verfügungsberechtigung mit dem Eigentum am Papier zusammenfallen. Wer dieses — etwa wegen bösen Glaubens, § 932 — nicht erlangt hat, dem fehlt auch ohne weiteres das Verfügungsrecht.

c) Zweifelhaft erscheint die Frage, ob durch Geschäftsunfähigkeit oder Geschäftsbeschränkung des übrigens berechtigten Inhabers die Verfügungsberechtigung im Sinne des § 793 ausgeschlossen werde. Im Gegensatz zur Aufl. 1 glaube ich die Frage verneinen zu sollen. Hier fehlt nicht sowohl die Berechtigung, als vielmehr die Befähigung zur Verfügung. Der Fall wird auch sonst vom BGB. besonders behandelt, so bei der Eigentumsübertragung: während der Mangel der Verfügungsberechtigung nach § 932 durch guten Glauben des Erwerbers geheilt wird, ist das gegenüber dem Mangel der persönlichen Verfügungsbefähigung bekanntlich nicht der Fall. Schutz des guten Glaubens gegenüber mangelnder Geschäftsfähigkeit ist dem BGB., soviel ich sehe, ausnahmslos unbekannt. Wie hier Goldmann-Lilienthal S. 849.

d) Wenn das Rechtsgeschäft, durch das der Inhaber das Papier vom früheren Berechtigten erhielt, anfechtbar ist, so tut das der Verfügungsmacht des Inhabers dem Aussteller gegenüber natürlich keinen Abbruch, s. Prot. S. 533.

4. Auch wenn der Inhaber nach dem Gesagten materiell zur Verfügung nicht berechtigt ist, **wird der Aussteller durch Leistung an ihn frei**, Abs. 1 Satz 2. Das ist zweifelhaft nur in dem Falle, **wenn er weiß**, daß der Produzent **nicht** verfügungsberechtigt über die Urkunde sei. Die herrschende Lehre nimmt auch in diesem Fall

Befreiung an, weil das Gesetz keine Ausnahme mache; so die Prot. S. 536, dann Cosack § 260, I a. E. (s. auch Cosack-Gerber § 237), Enneccerus S. 801 — die aber beide in krassen Fällen den § 826 eingreifen lassen —, Goldmann S. 850 (ähnlich), Jäger, Komm. zu KO. § 8 Anm. 21, Matthiaß S. 672, Planck Nr. 3, Türcke-Niedenführ Nr. 3.

Dem wird man indes nicht unterschiedslos folgen können. Vielfach würde die bewußte Leistung an einen Unberechtigten einen Verstoß schlimmster Art gegen das Prinzip von Treu und Glauben bilden. Und wenn Jäger meint, der Aussteller habe ein „Recht" zur Leistung an den Präsentanten, so ist dieser, schon an sich nicht ganz zweifelsfreien, Formulierung entgegenzuhalten, daß in der hier unterstellten Leistung vielfach eine nach § 226 unstatthafte und als unwirksam zu erachtende Ausübung einer formalrechtlich zustehenden Befugnis zur Schikane zu finden sein möchte. Anders nur, wenn der Aussteller zwar die Nichtberechtigung selbst kennt, aber nicht durch Beweismittel erhärten kann und daher in der Zwangslage ist, zahlen zu müssen, oder wenn er — Beispiel Cosacks — damit rechnen zu können glaubt — der wirklich Berechtigte werde den Akt genehmigen. Auch würde ich fahrlässige Unkenntnis von der Nichtberechtigung hier so wenig, wie sonst nach BGB., dem wirklichen Wissen gleichstellen. Soweit aber der Aussteller nach dem Gesagten nicht berechtigt ist, an den ihm als solcher bekannten Unberechtigten zu leisten, wird man ihn nicht nur für ersatzpflichtig erachten (so Crome § 311 Anm. 27, Kuhlenbeck Nr. 1, Staudinger Nr. V, 4), sondern auch seine Leistung dem wahren Berechtigten gegenüber für unwirksam erachten müssen. Dieser muß auch trotz des Wortlautes von § 797 Satz 2 das in die Hände des Ausstellers gelangte Papier von ihm vindizieren können.

Im wesentlichen wie hier: Cordes S. 84, 86; Dernburg § 149 Nr. 4; Geib ZZP. 26 539; Gierke aaO. S. 172—3; Meilhaus, Eigentumserwerb, Diss. Tübingen 1899 S. 67; Jacobi S. 66—8; Staub, Exkurs zu § 365 Anm. 2. Gierke macht treffend darauf aufmerksam, daß die Legitimation des Inhabers, um des Verkehrs willen eingeführt, doch nur dem redlichen Verkehr dienen soll.

5. Sehr zweifelhaft ist die Frage, ob der Aussteller auch durch Leistung an einen nicht verfügungsfähigen (sei er übrigens verfügungsberechtigt oder nicht) Präsentanten befreit werde. S. dazu einerseits Oertmann, DJZ. 04 1127ff., andrerseits Gierke das. 05 92ff. Meine Berufung auf § 793 Abs. 1 Satz 2 lasse ich gemäß der oben Nr. 3c gemachten Unterscheidung nunmehr fallen, bleibe aber umsomehr bei dem aaO. verfochtenen, von Gierke bekämpften Ergebnis, daß eine gutgläubige Leistung im gedachten Falle nicht unterschiedslos befreiend wirke, sondern nur dann, wenn sie als solche keinen rechtsgeschäftlichen Charakter besitze, also auch einem Geschäftsunfähigen gegenüber wirksam vorgenommen werden könne, s. oben Nr. 5b zu § 362, also besonders bei den in einem facere, aber in der Regel nicht bei den in einem dare bestehenden Leistungen. Denn Abs. 1 Satz 2 setzt immer eine „Leistung" voraus, und ich kann das nicht so auslegen, daß damit jeder tatsächliche Leistungsvorgang gemeint sei, und nicht vielmehr nur eine ihrer inhaltlichen Bedeutung nach rechtswirksame Leistung. Nur in Bezug auf die Person des Leistungsempfängers, nicht in Bezug auf die inhaltlichen Erfordernisse dessen, was zu einer gültigen Leistung gehöre, enthält das BGB. für die Inhaberpapiere ein Sonderrecht. Da aber die Willenserklärung des Geschäftsunfähigen nach § 105 nichtig, die nicht lediglich vorteilhafte des Geschäftsbeschränkten nach §§ 107—8 in ihrer Gültigkeit in der Schwebe ist, ist auch nach § 929 die Eigentumsübertragung an sie ungültig bezw. in ihrer Gültigkeit in der Schwebe; es fehlt also insoweit an der inhaltlichen Wirksamkeit des Leistungsaktes. Zuzugeben ist, daß die historische Entwicklung, nicht minder gewichtige rechtspolitische Gesichtspunkte — das erhöhte Maß der Verkehrssicherheit — für Gierke sprechen. Aber man muß Bedenken tragen, sie für die Auslegung eines Gesetzbuches entscheidend sein zu lassen, das auch sonst seine Fürsorge für die Verkehrssicherheit überall nur dahin erstreckt, durch den guten Glauben den Mangel der Verfügungsberechtigung, nicht auch dahin, den das Geschäft inhaltlich in Frage stellenden und daher tiefergreifenden Mangel der persönlichen Verfügungsfähigkeit ausgeglichen werden zu lassen.

Daß es nichts schadet, wenn ein Geschäftsunfähiger als bloßer Bote (nuntius) des Verfügungsberechtigten das Papier einlöst, gebe ich Gierke für die Regel der Fälle zu: aber alsdann ist im Rechtssinn nicht der körperliche Überbringer, sondern der Entsender als Präsentant und Leistungsempfänger zu erachten.

6. **Der wahre Berechtigte** kann sich gegen die ihm nach dem Gesagten drohenden Gefahren nur **schützen**:

a) durch Erwirkung einer Zahlungssperre, § 799.

b) durch einen Anspruch auf Herausgabe der dem Nichtberechtigten auf seine Kosten grundlos zu Teil gewordenen Bereicherung, § 816.

c) endlich auch — was aber meist ein recht unsicheres Mittel sein dürfte — durch Anstellung der Vindikation oder eines persönlichen Herausgabeanspruchs gegen den ihm bekannten unberechtigten Inhaber. Zur Sicherung würde unter Umständen eine einstweilige Verfügung erwirkt werden können.

7. Der Leistung gleich wirken auch andere Befreiungsakte und Rechtsgeschäfte, die der Aussteller mit dem Inhaber abschließt (Vergleich, Hingabe an Zahlungsstatt); sie alle muß der wahre Berechtigte gegen sich gelten lassen; Prot. S. 532.

§ 794.

Der Aussteller wird aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber auch dann verpflichtet, wenn sie ihm gestohlen worden oder verloren gegangen oder wenn sie sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist.

Auf die Wirksamkeit einer Schuldverschreibung auf den Inhaber ist es ohne Einfluß, wenn die Urkunde ausgegeben wird, nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist.

E. I 686, E. II 723, RB. 778. — Mot. S. 697, Prot. II S. 537, D. S. 145.

1. S. im allgemeinen über die Bedeutung dieser Vorschrift die Vorbem. Indem in Abs. 1 der Aussteller auch aus gestohlenen, verlorenen (s. wegen dieser Begriffe auch § 935 und Bem.) und sonst wider seinen Willen — etwa durch Schuld eines Angestellten, oder von ihm selbst im Zustand der Geschäftsunfähigkeit — in den Verkehr gelangten Papieren für verpflichtet erklärt wird, ist darin nicht nur die Vertrags-, sondern auch die Emissionstheorie völlig abgelehnt und die Kreationstheorie angenommen.

Aber auch **Abs. 2** beruht auf derselben Grundlage, obschon das an eine Emission erinnernde Wort „ausgegeben" darin gebraucht ist Er bestimmt lediglich zur Abschneidung möglicher Zweifel (s. Mot. S. 697), daß selbst aus dem nach eingetretenem Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Ausstellers in Verkehr gelangten Papier dieser oder seine Erben verpflichtet werden — vom Standpunkt der Kreationstheorie aus einfach in Konsequenz des entsprechenden Grundsatzes in § 130 Abs. 2.

2. Daß trotz § 794 der Aussteller dem Diebe und allgemein demjenigen gegenüber, der durch den das Papier in Verkehr bringenden Akt nicht Eigentümer geworden ist, nicht verpflichtet wird, ist zweifellos; es geht vor allem aus § 796 hervor, s. näher Vorbem. 6 Abs. 2. Das gilt auch beim Nehmen von einem geschäftsunfähigen Aussteller, denn dann ist der Veräußerungsakt als solcher ungültig, s. § 932 und dazu Biermann Nr. 6h.

§ 795.

Im Inland ausgestellte Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, dürfen nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden.

Die Genehmigung wird durch die Zentralbehörde des Bundesstaats erteilt, in dessen Gebiete der Aussteller seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat. Die Erteilung der Genehmigung und die Bestimmungen, unter denen sie erfolgt, sollen durch den Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht werden.

Eine ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangte Schuldverschreibung ist nichtig; der Aussteller hat den Inhaber den durch die Ausgabe verursachten Schaden zu ersetzen.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Schuldverschreibungen, die von dem Reiche oder einem Bundesstaat ausgegeben werden.

E. I 701[1-3], E. II 724, RV. 779. — Mot. S. 718—21, Prot. II S. 555—8.

1. **Allgemeines:**

a) Daß Inhaberverschreibungen auf eine bestimmte Geldsumme zur Ausgabe einer staatlichen Genehmigung bedürfen, ist schon im bisherigen Recht vielfach anerkannt, so von den Preußischen Gesetzen vom 7. VI. 1833 und 25. II. 1878, weitere Angaben in den Mot. S. 718, und hat gute innere Gründe für sich. So auch nunmehr § 795. Bei anderen Sorten von Inhaberpapieren ist der Paragraph als Ausnahmesatz natürlich nicht anzuwenden, also weder bei nicht auf Geld, noch bei zwar auf Geld, aber nicht gerade eine bestimmte Summe gerichteten (z. B. Dividendenscheinen). S. auch die weitere Ausnahme in Abs. 4. Ob bei Grundschuldbriefen auf den Inhaber die Vorschrift Platz greife, ist bestritten, die herrschende Lehre ist, wohl mit Recht, dafür, s. Biermann zu § 1195 Nr. 2b und dort zitierte, ebenso RG. ZS. V vom 18. I. 1905, Bd. 59 Nr. 103 S. 386.

b) Zweifelhaft ist die Anwendbarkeit der Vorschrift auf Zins- und feste Gewinnanteilscheine, die zwar selbst Inhaberpapiere sind, aber zu einem Order- oder Rektapapier als ihrer Grundverschreibung hinzutreten. S. die Angaben bei Schollmeyer S. 202—3, Neumann, Jahrbuch I S. 445. Der Wortlaut dürfte der bejahenden Antwort wohl günstiger sein; für sie auch Liebmann, DJZ. **00** 525, Ritter das. **01** 159, Ruboff, Recht **00** 445ff. Dagegen, unter Berufung auf die entsprechende frühere landrechtliche Praxis, besonders Enneccerus S. 807, auch Gierke S. 164, Apt, Holdheims Monatsschr. **00** 253 und (mit Dove) in Korresp. der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin **00** 189ff.

M. E. ist die Frage mindestens bei Zinsscheinen von Orderpapieren, die selbst der Genehmigung nicht bedürfen, zu verneinen. Es wäre geradezu widersinnig, für die bloßen Nebenpapiere eine Form zu verlangen, der nicht einmal das bedeutsamere Hauptpapier unterworfen ist. Die Gegenmeinung würde die gesetzlich zugelassene freie Verausgabung der verzinslichen Order- und Rektapapiere durch ein Hintertürchen wieder beseitigen. Liebmanns Aushilfsmittel: die Zinsscheine als bloße, genehmigungsfreie, Legitimationszeichen gemäß § 808 zu gestalten, kann dieses Bedenken doch bestenfalls teilweise beseitigen.

Ist andererseits bereits das Hauptpapier genehmigungsbedürftig, so wird die erfolgte Genehmigung als auch auf die Zinsscheine, als bloße Akzessionen, erstreckt zu gelten haben.

2. Die Genehmigung ist ein öffentlichrechtlicher Verwaltungsakt, der aber auch privatrechtlich konstitutive Bedeutung besitzt, indem er ein unerläßliches Tatbestandsmoment zur Herstellung einer rechtsgültigen Schuldverschreibung der dem Genehmigungszwang unterliegenden Art darstellt. Daß der genehmigende Staat damit keine Garantie für die Bonität der Schuldverschreibung übernimmt, ist selbstverständlich. S. auch Planck Nr. 3.

3. **Zuständig** zur Genehmigung sind **die Bundesstaaten**, zu denen im Sinne des BGB. auch Elsaß-Lothringen zählt, EG. Art. 7. Ob und inwieweit die in Abs. 2 genannte „Zentralbehörde" dabei landesherrliche oder parlamentarische Zustimmung einzuholen hat, bestimmt das Staatsrecht des fraglichen Staates, Mot. S. 719.

Eine ausführliche Übersicht über die Ausführungsverordnungen der Einzelstaaten gibt Kober-Staudinger Nr. II, vgl. besonders für Preußen Verordnung vom 16. XI. 1899, Art. 9; für Bayern Zuständigkeits-Verordnung vom 24. XII. 1899, § 9; für Württemberg AG. Art. 176, Sachsen Ausführungsverordnung vom 6. VII. 1899, § 11, Baden Ausführungsverordnung vom 11. XI. 1899, § 14.

Für die **örtliche** Zuständigkeit ist der sich aus BGB. § 7 ergebende **Wohnsitz des Ausstellers** maßgebend.

Die in Abs. 2 vorgesehene **Bekanntmachung** der erteilten Genehmigung ist nicht von konstitutiver Bedeutung; es handelt sich nur um eine Ordnungsvorschrift („sollen

. . . bekannt gemacht werden"). Aus dem Papier selbst braucht sie nicht ersichtlich zu sein, und es kann durchaus nicht angenommen werden, daß die Pflichten des Ausstellers erst mit ihr entstehen oder sich nach ihr und nicht nach dem Inhalt des Papiers richten, s. Mot. S. 720/1.

4. **Zu Absatz 3:**

a) Die Unterlassung der Genehmigungseinholung bewirkt **Nichtigkeit** des Papiers, wie in den entsprechenden Fällen des Handelsrechtes (Aktien!), während das bisherige Recht übrigens verschieden gestaltet war. Daneben wird sie unter Strafe gestellt, RStrGB. § 145a (EG. Art. 34).

b) Als weitere zivilrechtliche Folge wird dem Aussteller eine **Schadensersatzpflicht** gegenüber „dem Inhaber" auferlegt. Ein besonderes Verschulden wird nicht erfordert, wenn es auch in der Regel mindestens wegen des unentschuldbaren Rechtsirrtums vorhanden sein wird. Zweifelhaft ist aber, ob durch Wissen oder Wissenmüssen des Inhabers der Anspruch ausgeschlossen wird. Die Mot. S. 720 verneinen es, ebenso Fischer-Henle No. 11, Endemann § 196 Anm. 42, Jacobi S. 261—2, Türcke-Niedenführ Nr. 13, m. E. in dieser Allgemeinheit zu Unrecht. Denn es liegt schlechterdings kein Grund dafür vor, warum die allgemeinen Bestimmungen der §§ 249 ff. über Schadensersatz auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sein sollten. Zu ihnen gehört aber auch die Ausschließung des Ersatzanspruches im Fall des § 254. Daß das Gesetz auf ihn nicht besonders hinweist — wie auch sonst nicht — ist bei dessen allgemeiner Bedeutung nicht verwunderlich. Wie hier, wenigstens bei wirklichem Wissen des Erwerbers, Dernburg § 148 Anm. 7, Cosack II § 255, III, 2, Enneccerus S. 799 Anm. 2, Matthiaß S. 671, Planck Nr. 4.

Subjekt des Ersatzanspruches ist der Inhaber, nicht etwa nur der erste Nehmer, sondern derjenige, der das Papier derzeit in Händen hat. Ob der Aussteller daneben noch andern Personen, etwa früheren Inhabern, hafte, richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften der § 823 ff.

Der Anspruch geht auf Ersatz des durch die Ausgabe verursachten Schadens, d. h. zwar nicht auf das Erfüllungsinteresse — denn nur der durch die Ausgabe, nicht der durch die Schuldverschreibung entstandene Schaden soll ersetzt, der Ersatzberechtigte also so gestellt werden, wie er ohne den Ausgabeakt stehen würde — aber auch nicht schlechthin nur auf das negative Vertragsinteresse im Sinne von § 122 (so Aufl. 1, dagegen Dernburg aaO. Anm. 9), sondern auf allen Nachteil, der als unmittelbare oder mittelbare Folge der Ausgabe dem Inhaber erwachsen ist, nach den allgemeinen Regeln, insbesondere auch des § 252. Die Beschränkung der Haftung auf das negative Vertragsinteresse scheitert schon daran, daß Vertragsverhandlungen zwischen dem Ersatzpflichtigen und -berechtigten gar nicht vorzuliegen brauchen, jedenfalls die Ersatzpflicht nicht auf ihnen beruht. Ebenso wie hier Pappenheim aaO. S. 358. S. aber auch Jacobi S. 262, der eine Haftung auf das volle Erfüllungsinteresse mit Recht ablehnt, aber zu weitgehend auch im übrigen die auf den entgangenen Gewinn allgemein verwirft. Beides ist doch keineswegs identisch (s. Dernburgs Beispiel).

c) Der Ersatzanspruch setzt eine **Ausgabe** des Papiers voraus; in den Fällen des § 794, wo es zu einer solchen nicht gekommen ist, behält es bei der bloßen Nichtigkeit sein Bewenden, so auch Goldmann-Lilienthal S. 848, Planck Nr. 4, Jacobi S. 259 ff., anders freilich Dernburg § 148 Anm. 8, Enneccerus S. 799 Anm. 2, Gierke S. 164. Aber Dernburgs Vorwurf, meine Lehre verstoße gegen den Wortlaut des Gesetzes, kann ich in keiner Weise als begründet anerkennen. Ein durch die Ausgabe verursachter Schaden ist doch ohne Ausgabeakt undenkbar! Auch bezieht das Verbot sich nach Abs. 1 nicht auf die Herstellung, sondern das Inverkehrbringen des Papiers, und es wird die Ersatzpflicht doch sinngemäß nur an das verbotene Tun geknüpft werden können. Ebenso erfordert die Strafbarkeit, daß das Papier in den Verkehr gebracht sei.

§ 796.

Der Aussteller kann dem Inhaber der Schuldverschreibung nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen.

E. I 689, E. II 725, RB. 780. — Mot. S. 699—701, Prot. II S. 540—1, D. S. 143—5.

1. **Allgemeines**: Der Inhaber hat ein selbständiges, von der Person des Vordermannes unabhängiges Recht (s. Vorbem.); es können ihm also nicht Einwendungen entgegengesetzt werden, die sich nur gegen diesen persönlich richten (etwa die der Aufrechnung mit einer Gegenforderung an ihn) oder sonst seine Verfügungsberechtigung bestreiten. Die Regeln der Zession kommen eben nicht zur Anwendung.

Nur gewisse Einwendungen werden in § 796 für statthaft erklärt, und zwar diese in wesentlicher Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht, so dem SächsGB. §§ 1045 bis 46, dem HGB. Art. 303, der WO. Art. 82 (die aber die beiden ersten Klassen in eine zusammenziehen).

2. Unter „**Einwendungen**" sind hier ebensowenig, wie sonst im BGB., nur die Einreden im materiellen, sondern auch solche im prozessualischen Sinn zu verstehen — die Berufung auf rechtshindernde und rechtsvernichtende, „ipso iure" wirkende Tatsachen. Andernfalls könnte es „Einwendungen gegen die Gültigkeit der Ausstellung" offenbar gar nicht geben.

3. Von den **drei Klassen** greifen die beiden ersten objektiv durch, die letzte nur subjektiv gerade gegen den derzeitigen Inhaber. Im einzelnen (s. auch die treffliche Kasuistik bei Cosack II, § 258):

a) **Einwendungen gegen die Gültigkeit der Ausstellung**. Dahin gehört die Behauptung, der Aussteller sei bei der Ausstellung (nicht erst bei der Ausgabe, s. § 794 Abs. 2) geschäftsunfähig, im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die Gültigkeit ausschließenden Willensmangel gewesen.

Auch ein Verstoß gegen § 795 begründet eine Einwendung dieser Klasse.

Schwierig ist die Behandlung der *Anfechtbarkeitsfälle*:

α) Die Berufung auf Anfechtbarkeit wegen *Betruges* erachtet *Cosack* § 255, II, 2 hier für ganz ausgeschlossen, aber ohne überzeugende Gründe. M. E. kommt es auf die Auslegung des § 143 Abs. 4 an. Versteht man den „unmittelbar erlangten rechtlichen Vorteil" mit *Cosack* § 53, II, 1c und *Planck* gegen *Hölder* und *Staudinger* in dem weiteren Sinn, daß darunter jeder Erwerb fällt, den jemand als erster, sei es auf Grund des anzufechtenden Geschäftes allein, sei es unter Hinzutritt eines weiteren Erwerbsaktes, gemacht hat, nicht erst vermittelt durch den anfänglichen Zwischenerwerb eines dritten, so steht der Anfechtung des *Ausstellungsaktes* nichts im Wege. Sie richtet sich dann gegen den ersten Erwerber. Beruht freilich — und dadurch schwinden die praktischen Bedenken — dessen Erwerb auf einem Übertragungsakt des Ausstellers, so wird darin meist eine nach § 140 wirksame Bestätigung zu finden sein. Kannte der Aussteller freilich dabei die Anfechtbarkeit noch nicht, so verbleibt ihm nur ein Ersatzanspruch gegen den Betrüger. War das Papier bei erlangter Kenntnis vom Anfechtungsgrunde noch nicht ausgegeben, so mag der Aussteller es einfach vernichten oder vom Verkehr zurückhalten. Anders steht es, wenn nur die *Begebung* unter Anwendung von Täuschung zustandegekommen ist. Dann ist der Begebungsvertrag nach §§ 123, 143 Abs. 2 anfechtbar, und die dem Anfechtungsgegner gegenüber vollzogene Anfechtung wirkt nach § 142 Abs. 2 auch gegenüber dem schlechtgläubigen Erwerber. Ihm kann daher zwar nicht eine Einwendung der Gruppe a) entgegengehalten werden — denn es handelt sich nicht um die Gültigkeit der Ausstellung, sondern nur um die der Begebung —, wohl aber eine solche der Gruppe c), weil er als schlechtgläubiger Erwerber kein Eigentum erlangt hat.

Teilweise anders *Crome* § 310 Nr. 2 a. E., *Enneccerus* S. 798, *Schollmeyer* S. 198, die nicht zwischen Mängeln der Ausstellung und Begebung sondern. Dagegen scheidet beides, insoweit entsprechend dem hier Gesagten, *Jacobi* S. 204.

β) *Anfechtbarkeit wegen Drohung*. Die meisten lassen sie auch mit Wirkung dritten, selbst gutgläubigen gegenüber zu. So Enneccerus und Cosack aaO., Breit, Geschäftsfähigkeit S. 165 und dort zitierte. Man muß aber auch hier scheiden: bloße Anfechtbarkeit der Ausstellung wirkt wie zu a). Anfechtbarkeit des Begebungsvertrages findet hier nach § 123 Abs. 1 auch dann statt, wenn der Gegenkontrahent an der Drohung unbeteiligt und gutgläubig war. Aber dritten Gutgläubigen gegenüber gilt wieder das oben Gesagte: der Fall gehört nicht unter a), da nicht die Gültigkeit der Ausstellung in Frage steht, sondern unter c); der Eigentumserwerb des dritten ist aber nach § 142 Abs. 2, § 932 Abs. 2 nur bei Kennen und Kennenmüssen ausgeschlossen. Wesentlich ebenso *Jacobi* S. 207.

γ) Entsprechendes muß auch bei Anfechtbarkeit wegen Irrtums gelten, s. aber auch *Crome* aaO., *Schollmeyer* aaO. (wieder ohne Scheidung zwischen Mängeln der Ausstellung und Begebung).

b) **Einwendungen, die sich aus der Urkunde ergeben.** Dahin gehört namentlich die Berufung auf einen unmittelbar unmoralischen oder sonst rechtswidrigen oder doch keinem Rechtszwang unterstehenden Inhalt der Urkunde. Ferner Einwendungen aus der in der Urkunde selbst nicht bloß „enunziativ" genannten causa, s. Vorbem. 7; nicht minder die Berufung auf eine auf dem Papier vermerkte Abschlagszahlung, s. § 797 und Bem. dazu.

Wegen der Grundschuldbriefe vgl. § 1140 in Verbindung mit § 1192.

c) **Die dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehenden Einwendungen.** Dahin gehören

α) einmal diejenigen, die überhaupt einen Rechtserwerb dieses Inhabers in Abrede stellen, z. B. er habe die Urkunde gestohlen, sie von einem Geschäftsunfähigen erworben, sei es von dem nach der Ausstellung (denn andernfalls wäre das Papier selbst ungültig, oben Bem. a) geschäftsunfähig gewordenen Aussteller, sei es von einem dritten, s. zu § 794 Nr. 2.

β) Ferner diejenigen, mittelst deren der Aussteller sonst die Verfügungsberechtigung des Inhabers trotz seiner Eigentümerqualität bestreitet, s. Bem. 3 zu § 793, z. B. der Inhaber sei im Konkurse und das Papier gehöre zur Masse.

γ) Die Einwendungen (Einreden), die das an sich vorhandene Recht des Inhabers in seiner Geltendmachung ausschließen, z. B. die Einrede der Stundung, Verjährung und Zahlungssperre; aber auch die Einwendung aus § 816, wonach der Inhaber als unentgeltlicher Erwerber des Papieres dem Aussteller die dadurch erlangte Bereicherung herauszugeben kondiktizisch verpflichtet ist. Ob auch eine Einrede der noch nicht durchgeführten Anfechtbarkeit (verschieden von der Berufung auf durchgeführte Anfechtung) in Betracht komme, ist hier wie sonst zweifelhaft. Dafür im Sinne einer dilatorischen Einrede Jacobi S. 62ff. Aber dürfen wir aus § 770, der nur einen entsprechenden Fall anerkennt, ein Prinzip bilden?

Ob daneben auch eine exceptio doli generalis zugelassen sei, ist hier ebenso, wie sonst im BGB., mindestens zweifelhaft (s. Bem. 4 zu § 242). Dafür Ausf. 1 sowie, und zwar schon auf Grund eines bloß „objektiv betrachtet, an und für sich arglistigen Verhaltens", Meisner Nr. 2 und die bei Planck Nr. 2c zitierten, dagegen Planck (André) selbst, der mit §§ 226, 826 auskommen zu können meint. S. auch die bisherige Rechtsprechung und Literatur der WO. Art. 82.

Nach dem Gesagten hat Schollmeyer S. 200 Recht, wenn er das Prinzip aufstellt: Unzulässigkeit aller Einreden aus der Person der Vormänner. Vgl. über den rechtspolitischen Grund der Regelung auch Jacobi S. 222—3, der § 796 zutreffend mit dem Grundsatz des gutgläubigen Erwerbers vom Nichteigentümer in Verbindung bringt.

§ 797.

Der Aussteller ist nur gegen Aushändigung der Schuldverschreibung zur Leistung verpflichtet. Mit der Aushändigung erwirbt er das Eigentum an der Urkunde, auch wenn der Inhaber zur Verfügung über sie nicht berechtigt ist.

E. I 688, E. II 726, RV. 781. — Mot. S. 698, Prot. II S. 540.

1. Daß die Verpflichtung des Ausstellers, wie hier ausgesprochen, nur auf Leistung gegen Vorzeigung und Rückgabe des Papiers geht, folgt im Grunde schon aus der Verbriefung des Versprechens in der Urkunde (s. Mot. S. 698, „Präsentationspapiere", s. Brunner bei Endemann aaO.) und ist auch im (alten) HGB. Art. 303 sowie in der Wechselordnung Art. 39 anerkannt. Bis zur Aushändigung kann der Aussteller seine Leistung nach § 273 zurückbehalten, s. indes die Ausnahmen in §§ 799, 804. Der daneben dem Aussteller zustehende Anspruch auf Quittung (§ 368) wird damit nicht berührt.

Wenn die Mot. S. 698 und danach die meisten Kommentare von einer „Holschuld" des Ausstellers reden, so scheint das nach § 797 nicht ganz zweifellos. Denn man könnte den Satz so auffassen: wenn der Inhaber die Urkunde dem Aussteller überliefert, event. geschickt hat, ist dieser ihm zur Leistung verpflichtet nach den allgemeinen Regeln der §§ 269—70, muß ihm also nach § 270 das geschuldete Geld auf seine Gefahr und Kosten übermitteln. Indes möchte dagegen die Erwägung anzuführen

sein, daß die Leistung nur gerade „gegen Aushändigung", also doch auch wohl an deren Orte, d. h. beim Aussteller vollzogen zu werden braucht, nicht nur nicht vorher, sondern auch nicht anderswo.

2. Daß der Aussteller durch Leistung an den Nichtberechtigten **frei werde**, bestimmte schon § 793: hier wird ihm darüber hinaus auch das **Eigentum** an der Urkunde zugesprochen. Er kann folgerecht nunmehr darüber verfügen, das Papier weitergeben, aber auch vernichten, einen Zahlungsvermerk darauf setzen usw., s. Mot. S. 698.

Wußte er von der Nichtberechtigung des Inhabers, so soll das nach den meisten Autoren (s. z. B. Goldmann-Lilienthal S. 852, Planck Nr. 2) seinem Rechtserwerb nichts schaden. Ebenso Strohal, Sachbesitz S. 125, der aber dem Berechtigten mit einem Besitzanspruch auf Herausgabe helfen will, da der Aussteller dann den Besitzfehler des Vormannes gegen sich gelten lassen müsse. M. E. kann in solchem Fall auf Grund der analog anzuwendenden §§ 932, 935 überhaupt von einem Eigentumserwerb nicht die Rede sein. S. die Bem. 4 zu § 793; die Beantwortung unserer Frage wird durch die der dort behandelten offenbar präjudiziert. Wesentlich wie hier Crome § 311 Anm. 40, Staudinger Nr. 2b.

3. Ist nur eine **Teilzahlung** geleistet, so wird man dem Schuldner unbedenklich nach Analogie der WO. Art. 39 das Recht geben, das durch einen entsprechenden Vermerk auf der Urkunde feststellen zu lassen, damit nicht ein weiterer Erwerber nach § 796 wiederum den vollen Betrag beanspruchen kann.

§ 798.

Ist eine Schuldverschreibung auf den Inhaber infolge einer Beschädigung oder einer Verunstaltung zum Umlaufe nicht mehr geeignet, so kann der Inhaber, sofern ihr wesentlicher Inhalt und ihre Unterscheidungsmerkmale noch mit Sicherheit erkennbar sind, von dem Aussteller die Erteilung einer neuen Schuldverschreibung auf den Inhaber gegen Aushändigung der beschädigten oder verunstalteten verlangen. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschießen.

E. I 699, E. II 727, BR. 782. — Mot. S. 713, Prot. II S. 554—5.

1. **Allgemeines**: Der Satz entspricht vielfachen bisherigen Bestimmungen der Gesetze und Statuten. Es handelt sich dabei bloß um Fälle einer, wenn auch erheblichen, so doch die Erkennbarkeit der Individualität und des wesentlichen Inhaltes nicht aufhebenden Beschädigung; andernfalls kommt nicht § 798, sondern die §§ 799, 804 zur Anwendung.

Die Kosten der Neuherstellung hat der Inhaber zu tragen und vorzuschießen, auch die alte Urkunde herauszugeben. So lange er die Vorschußleistung unterläßt oder die Herausgabe der Urkunde Zug um Zug gegen Empfangnahme der neuen verweigert, steht dem Aussteller das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 — nicht, wie Landé will, aus § 320 — zu.

2. S. die Übergangsbestimmung in EG. Art. 174 Abs. 1.

§ 799.

Eine abhanden gekommene oder vernichtete Schuldverschreibung auf den Inhaber kann, wenn nicht in der Urkunde das Gegenteil bestimmt ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden. Ausgenommen sind Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine sowie die auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen.

Der Aussteller ist verpflichtet, dem bisherigen Inhaber auf Verlangen die zur Erwirkung des Aufgebots oder der Zahlungssperre

erforderliche Auskunft zu erteilen und die erforderlichen Zeugnisse auszustellen. Die Kosten der Zeugnisse hat der bisherige Inhaber zu tragen und vorzuschießen.

E. I, 592, E. II. 728[1], RB. 783. — Mot. S. 705—6, Prot. II S. 541—7, D. S. 145—6.

Literatur: Adelmann, Kraftloserklärung von Urkunden im Aufgebotsverfahren, 1904; Jacobi S. 110ff.; sehr ausführlich auch Kober-Staudinger zu § 799.

1. **Die Amortisierbarkeit der Inhaberpapiere** folgt zwar nicht unmittelbar aus ihrem Wesen, hat aber gute Gründe für sich und ist auch schon bisher in den meisten deutschen, auch vielen außerdeutschen, Staaten geregelt. So auch jetzt im BGB. §§ 799 bis 800. — Wegen der rechtlichen Begründung, s. Jacobi S. 111ff., der die Verträglichkeit des Instituts mit dem Wesen der Wertpapiere gut entwickelt.

Danach ist die Amortisation, oder, wie das Gesetz sie nennt, Kraftloserklärung am Platze grundsätzlich bei allen Inhaberschuldverschreibungen, nicht nur den auf Geld gerichteten. Dies indes mit Ausnahmen:

a) kraft besonderer Ausschließung in der Urkunde, Abs. 1 Satz 1.

b) kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung sind von der Kraftloserklärung ausgeschlossen die in **Abs. 1 Satz 2** genannten Arten. Auch in anderen Gesetzen kommen solche Ausnahmen vor: s. Reichsbankgesetz vom 14. III. 1875 wegen der Reichsbanknoten.

2. **Voraussetzung des Verfahrens** ist, daß die aufzubietende Urkunde abhanden gekommen oder vernichtet sei; als Vernichtung ist, wie schon aus dem Gegensatz des § 798 ohne weiteres erhellt, jede Beschädigung anzusehen, infolge deren der wesentliche Inhalt und die Identität nicht mehr sicher erkennbar sind — die so beschädigte Urkunde steht praktisch einer nicht mehr vorhandenen gleich, indem ihre weitere Verwertung ausgeschlossen ist.

3. **Verfahren, Mitwirkung des Ausstellers**: Die Kraftloserklärung erfolgt im Wege des Aufgebotsverfahrens; über dessen formale Voraussetzungen und die Formen bestimmt ZPO. §§ 1003—1024, wegen des dem Antragsteller obliegenden Nachweises s. § 1007 das. Der Aussteller muß ihm dabei in der in § 799 **Abs. 2** BGB. näher dargestellten Weise zur Hand gehen, um ihm die Erfüllung der Vorbedingungen zu erleichtern. Man wird dem Inhaber auf Vornahme dieser Hilfsleistungen einen klagbaren Anspruch zubilligen, auch haftet ihm der Aussteller bei Nichterfüllung auf Schadensersatz.

Die Geltendmachung dieses Anspruches ist nicht vom Nachweis des Verlustes der Urkunde abhängig zu machen; weder Wortlaut noch Sinn des Abs. 2 würden eine so rigorose Auffassung rechtfertigen. Nur offenbar schikanösen Anforderungen des früheren Inhabers wird sich der Aussteller nach §§ 226, 242 widersetzen können. Ebenso hat er einen Anspruch auf Erstattung und selbst Vorschuß der durch diese Akte erforderten Kosten, deshalb auch ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne von § 273.

Über die **Wirkungen** der Kraftloserklärung bestimmt § 800.

5. S. auch die Übergangsbestimmung in EG. Art. 174 Abs. 1.

6. Wo keine Kraftloserklärung stattfindet, was besonders bei Rektapapieren, aber auch bisweilen bei Inhaberpapieren (s. oben Nr. 1) vorkommt, kann das Recht überhaupt nicht geltend gemacht werden. So Gierke S. 141, anders freilich wegen der Rektaanweisungen Neumann zu § 785 Nr. 2, der mit § 371 Satz 2 aushelfen will. Für Gierke spricht die Erwägung, daß der Aussteller Leistung nur gegen Vorzeigung und Aushändigung des Papiers versprochen hat. Müßte er möglicherweise ohnedies leisten, so bliebe er überall da, wo das Papier nicht für kraftlos erklärt ist, der Gefahr ausgesetzt, daß ein neuer Berechtigter ihm das Papier präsentiert. Diese Gefahr liegt bei Inhaberpapieren auf der Hand, ist aber auch bei Rektapapieren nicht völlig ausgeschlossen.

§ 800.

Ist eine Schuldverschreibung auf den Inhaber für kraftlos erklärt, so kann derjenige, welcher das Ausschlußurteil erwirkt hat, von dem Aussteller, unbeschadet der Befugnis, den Anspruch aus der Urkunde

geltend zu machen, die Erteilung einer neuen Schuldverschreibung auf den Inhaber an Stelle der für kraftlos erklärten verlangen. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschießen.

E. I 695, E. II 728², RV. 784. — Mot. S. 708—9, Prot. II S. 548.

1. Daß der Berechtigte nach Beendigung des Aufgebotsverfahrens den Anspruch aus der Urkunde geltend machen kann, als wenn er dieselbe noch hätte, folgt aus dem Zweck der Kraftloserklärung und ist in der ZPO. § 1018 besonders ausgesprochen, auch in unserem § 800 angedeutet.

Daneben gibt ihm dieser Paragraph noch einen Anspruch auf Erteilung einer neuen Schuldverschreibung an Stelle der alten. Das ist wichtig besonders für den Fall, wenn die Leistung noch nicht fällig ist. Indes kann der Anspruch auch trotz eingetretener Fälligkeit geltend gemacht werden, wie der Wortlaut klar ergibt, nur nicht kumulativ neben dem Leistungsanspruch, weil ja zur Leistung der Aussteller nach § 797 nur gegen Aushändigung des Papiers verpflichtet ist.

2. Unter der zu liefernden **„neuen Schuldverschreibung“** ist eine solche zu verstehen, die rechtlich und wirtschaftlich in allen Punkten die Stelle der alten ausfüllt; daß sie gerade zu diesem Zwecke erst hergestellt werde, wird nicht erfordert, es genügt z. B. die Hingabe eines schon früher hergestellten, noch nicht ausgegebenen Stückes derselben Massenemission, Mot. S. 709.

3. Wegen der **Kosten** trifft den Gläubiger eine Leistungs- und Vorschußpflicht, vgl. deswegen Bem. zu § 798.

4. S. wiederum die Übergangsbestimmungen in EG. Art. 174 Abs. 1.

§ 801.

Der Anspruch aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber erlischt mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Eintritte der für die Leistung bestimmten Zeit, wenn nicht die Urkunde vor dem Ablaufe der dreißig Jahre dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt wird. Erfolgt die Vorlegung, so verjährt der Anspruch in zwei Jahren von dem Ende der Vorlegungsfrist an. Der Vorlegung steht die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs aus der Urkunde gleich.

Bei Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen beträgt die Vorlegungsfrist vier Jahre. Die Frist beginnt mit dem Schlusse des Jahres, in welchem die für die Leistung bestimmte Zeit eintritt.

Die Dauer und der Beginn der Vorlegungsfrist können von dem Aussteller in der Urkunde anders bestimmt werden.

E. I 691, E. II 729, RV. 785. — Mot. S. 703—5, Prot. II S. 545—6, D. S. 146.

1. Schon das bisherige Recht hatte über die **Verjährung** der Ansprüche aus den Inhaberpapieren mehrfache, im einzelnen sehr verschiedenartige, Bestimmungen. Auch das BGB. hat sich zu einer Sonderregelung veranlaßt gesehen, weil die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Verjährung hier nach den Mot. S. 703—4 fast unübersteigliche Schwierigkeiten geboten haben würde. So würde sich mangels einer solchen der Lauf der Verjährung gegen einen neuen Erwerber kaum rechtfertigen, weil er als solcher nicht Rechtsnachfolger des Vormannes in der Forderung ist.

Diesen Schwierigkeiten begegnet das BGB. durch Festsetzung einer mit Ausschließungswirkung verbundenen **Vorlegungsfrist** von 30 oder, bei den in Abs. 2 genannten Urkunden, von 4 Jahren nach dem Eintritt der Leistungszeit. Sie bedeutet übrigens keine Befristung in dem Sinne, daß das Recht von vornherein nur als temporäres ins Leben getreten wäre (s. Jacobi S. 267); vielmehr ist nur die Nichteinhaltung der später gestellten Frist ein Erlöschungsgrund für das zunächst unbeschränkt entstandene Recht.

Durch Vorlegung der Urkunde hört der Lauf dieser Frist auf, ebenso durch gerichtliche Geltendmachung des Anspruches. Ist die Frist verstrichen, so ist der Anspruch aus der Urkunde ipso iure erloschen; nicht nur steht ihm eine Verjährungs- oder ähnliche Einrede entgegen. Das daraufhin noch Geleistete kann nach den gewöhnlichen Regeln kondiziert werden. Ist andererseits das Papier vorgelegt, so wirkt das auch zugunsten etwaiger Dritterwerber.

2. Über **die Berechnung der Frist** gelten die gewöhnlichen Regeln der §§ 186ff. Besonderes ist nur in Abs. 2 über den Beginn der dort vorgesehenen einjährigen Frist bestimmt. Außerdem sind die Sätze des § 802 über die Hemmung des Fristlaufes im Falle der Zahlungssperre zu beachten.

3. Die den Lauf der Frist unterbrechende gerichtliche Geltendmachung kann durch Klageerhebung, aber zweifellos auch durch die andern ihr nach § 209 in der Richtung auf Unterbrechung der Klagenverjährung gleichgestellten Akte einer anderweiten gerichtlichen Geltendmachung erfolgen, s. Bem. dazu. Sie ist namentlich wichtig, wenn wegen Ungewißheit des Schuldners, unbekannter Abwesenheit, Geschäftsunfähigkeit desselben usw. die Vorlegung unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert ist.

4. Ist das Recht innerhalb der Vorlegungsfrist in dem bisher festgestellten Sinne geltend gemacht, so läuft nunmehr eine **zweijährige Verjährungsfrist**, auf die die Sätze der §§ 194ff. Anwendung finden, namentlich auch wegen der Wirkung. Diese Frist beginnt aber nach dem klaren Wortlaut nicht mit der erfolgten Vorlegung, sondern immer erst mit dem Ende der Vorlegungsfrist, a. A. Planck Nr. 3, wie hier Staudinger II, 1b, Fischer-Henle No. 5, zweifelhaft Jacobi, s. einerseits S. 268, andererseits S. 269 (Worte: „. . . zur Einlösung und damit den Lauf . . .“). Doch kommt Planck wesentlich zum gleichen praktischen Ergebnis wie hier, indem er den bei der Vorlegung noch nicht abgelaufenen Rest der Vorlegungs- zu der sonst zweijährigen Verjährungsfrist zuschlägt.

5. Die Vorschriften des § 801 enthalten im allgemeinen **zwingendes Recht**; nur Dauer und Beginn der Vorlegungsfrist können nach Abs. 3 durch den Aussteller anderweit bestimmt, aber nicht das ganze Institut geradezu beseitigt werden.

Ferner dürfte die Verjährungsfrist (Nr. 4) auch hier wohl verkürzt werden können gemäß der allgemeinen Gestaltung in § 225.

Zweifelhaft ist aber, ob die Vorlegungsfrist auch bei solchen Papieren Platz greife, die gar keinen Zahlungstermin aufstellen. Denn hier kann der Dritterwerber den Beginn und damit den Zeitpunkt des drohenden Ablaufes der Vorlegungsfrist aus dem Papier gar nicht ersehen. Cosack § 257, IV, 1 läßt sie daher in solchen Fällen bereits vom Ausstellungstage ab laufen, während andere alsdann überhaupt keine Vorlegungs-, sondern nur die allgemeine Verjährungsfrist für anwendbar erachten, so Enneccerus S. 805, Fischer-Henle Nr. 3, Kober-Staudinger Nr. III, dagegen und wie Cosack mit guten Gründen Wendt, ArchZivPrax. **92** 216. Ich trete dem gleichfalls bei. Denn jedenfalls wäre es sinnwidrig, sofort die vielleicht kürzere Verjährungsfrist beginnen zu lassen. Man schadet dadurch gerade denen, die man schützen will.

Ergibt sich aus der Urkunde auch der Tag der Ausstellung nicht, so kann weder eine Vorlegungs- noch eine Verjährungsfrist laufen, da alsdann nicht nachweisbar ist, welches ihr Anfangspunkt sein solle, mindestens der redliche Nehmer das in der Regel nicht wissen und darauf nicht Rücksicht nehmen kann.

6. **Beweis**: Der Aussteller muß den Ablauf der Fristen des Paragraphen, der Gläubiger dagegen die Vornahme der sein Recht erhaltenden Maßnahmen innerhalb derselben beweisen.

§ 802.

Der Beginn und der Lauf der Vorlegungsfrist sowie der Verjährung werden durch die Zahlungssperre zugunsten des Antragstellers gehemmt. Die Hemmung beginnt mit der Stellung des Antrags auf Zahlungssperre; sie endigt mit der Erledigung des Aufgebotsverfahrens und, falls die Zahlungssperre vor der Einleitung

des Verfahrens verfügt worden ist, auch dann, wenn seit der Beseitigung des der Einleitung entgegenstehenden Hindernisses sechs Monate verstrichen sind und nicht vorher die Einleitung beantragt worden ist. Auf diese Frist finden die Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung.

E. I 694, E. II 730, RV. 786. — Mot. S. 707—8, Prot. II S. 548.

1. Durch die in Verfolg des Aufgebotsverfahrens (s. Bem. zu § 799), möglicherweise auch schon vor dessen Beginn (s. darüber ZPO. §§ 1019, 20), auf Antrag vom Gericht zu verfügende **Zahlungssperre** wird dem Berechtigten die Ausübung seines Rechtes im Sinne des § 801 unmöglich gemacht oder doch mindestens sehr erschwert. Daher soll nach § 802 der Beginn wie der Lauf der Vorlegungs- und der Verjährungsfrist jenes Paragraphen dadurch gehemmt werden.

Über den Beginn und das Ende der Hemmung enthält der Text nähere, einer weiteren Erörterung nicht bedürftige Bestimmungen.

2. Übergangsbestimmung in EG. Art. 174.

§ 803.

Werden für eine Schuldverschreibung auf den Inhaber Zinsscheine ausgegeben, so bleiben die Scheine, sofern sie nicht eine gegenteilige Bestimmung enthalten, in Kraft, auch wenn die Hauptforderung erlischt oder die Verpflichtung zur Verzinsung aufgehoben oder geändert wird.

Werden solche Zinsscheine bei der Einlösung der Hauptschuldverschreibung nicht zurückgegeben, so ist der Aussteller berechtigt, den Betrag zurückzubehalten, den er nach Abs. 1 für die Scheine zu zahlen verpflichtet ist.

E. I 690, E. II 731, RV. 787. — Mot. S. 701—3, Prot. II S. 541—42, D. S. 147.

Literatur: Jacobi S. 278ff.

1. a) Nach § 803 haben die einzelnen **Zinsscheine** eine relative Selbständigkeit gegenüber der Hauptforderung; sie bleiben trotz deren Untergang und trotz Beseitigung der Zinsverbindlichkeit als solcher in Kraft. In welcher Weise die Hauptrechte erlöschen — ob durch Erfüllung, Aufrechnung, confusio, Verjährung usw — macht dabei keinen Unterschied; der Grundsatz des § 224, wonach mit Verjährung des Hauptanspruches auch der auf die Nebenleistungen verjährt, ist hier also modifiziert. Auch die Kraftloserklärung der Haupturkunde (§ 799) wirkt im allgemeinen auf die Zinsscheine nicht, Jacobi S. 284.

b) Trotzdem ist der Zinsschein im Sinne des § 803 nicht Träger eines ganz neuen selbständigen Rechtes geworden; es handelt sich immerhin um Zinsen, und deren sonstiges Sonderrecht kommt im übrigen zur Anwendung — so wegen der Unzulässigkeit des Zinseszinses, der Verjährungsfristen, s. Mot. S. 702. Die Bestimmung des § 702 ist offenbar singulär und keiner analogen Ausdehnung fähig.

2. Um sich gegen die aus der Bestimmung ihm drohenden Gefahren zu schützen, kann der Aussteller verlangen, daß ihm bei Einlösung der Hauptschuldverschreibung die ausgegebenen, selbst noch nicht fälligen Zinsscheine zurückgegeben werden. Geschieht das aus irgend einem Grunde nicht, so kann er den Betrag nach **Abs. 2** zwar nicht endgültig abziehen, aber doch so lange zurückbehalten, bis sich entscheidet, daß er ihretwegen nicht mehr in Anspruch genommen werden wird, etwa nach Ablauf der Frist des § 801. Der Berechtigte kann, da es sich offenbar um ein Rückbehaltungsrecht im Sinne von § 273 handelt, dessen Ausübung durch Sicherheitsleistung abwenden, außerdem sich bei Verlust der Scheine der Rechte aus § 804 bedienen.

3. Auf Scheine, die ein Versprechen **unbestimmter Höhe** enthalten, wie Dividendenscheine, erstreckt sich die Bestimmung nicht, ebensowenig auf Talons (Erneuerungsscheine); sie haben im allgemeinen nur die Funktion „unvollkommener Legitimationspapiere", und verlieren mit dem Hauptrecht ohne weiteres ihre Bedeutung; möglicherweise freilich sollen sie selbst „unvollkommene Inhaberpapiere" darstellen, Mot. S. 703. S. dazu auch § 805 und Bem. dazu.

§ 804.

Ist ein Zins-, Renten- oder Gewinnanteilschein abhanden gekommen oder vernichtet und hat der bisherige Inhaber den Verlust dem Aussteller vor dem Ablaufe der Vorlegungsfrist angezeigt, so kann der bisherige Inhaber nach dem Ablaufe der Frist die Leistung von dem Aussteller verlangen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der abhanden gekommene Schein dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt oder der Anspruch aus dem Scheine gerichtlich geltend gemacht worden ist, es sei denn, daß die Vorlegung oder die gerichtliche Geltendmachung nach dem Ablaufe der Frist erfolgt ist. Der Anspruch verjährt in vier Jahren.

In dem Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine kann der im Abs. 1 bestimmte Anspruch ausgeschlossen werden.

E. I 697, E. II 732, RV. 788. — Mot. S. 709—12, Prot. II S. 548—50.

1. **Allgemeines:** Bei bloßen Zinsscheinen erkennt das BGB. eine Kraftloserklärung nicht an; sie stellen eben keine völlig selbständige „Schuldverschreibung" im Sinne von § 799 vor. Zum Ersatze dafür hat das BGB. — über die Versuche des bisherigen Rechts in dieser Richtung s. Mot. S. 709—10 — einen neuen selbständigen Weg geschaffen durch das **Anzeigerecht** des § 804. Durch Anzeige des Verlustes vor Ablauf der Vorlegungsfrist des § 801 Abs. 2 (die hier vier Jahre beträgt) erhält bezw. erwirbt sich der bisherige Inhaber das Recht auf die Leistung nach ihrem Ablauf. Anders nur, wenn einer der Fälle des **Satzes 2** eingetreten ist, und zwar vor Ablauf der Vorlegungsfrist. Liegt einer dieser Ausnahmefälle vor, z. B. der Schein ist zur Einlösung vorgelegt, so hat der Aussteller an den Produzenten zu zahlen, und es bleibt dem früheren Inhaber lediglich überlassen, gegen den Empfänger oder den sonst dazu passiv legitimierten dritten wegen der etwaigen unerlaubten Handlung, ungerechtfertigter Bereicherung (s. namentlich § 816) oder aus einem sonst vielleicht vorhandenen Rechtsgrunde vorzugehen.

2. Der nach Bem. 1 dem bisherigen Inhaber in der Regel noch zustehende „Anspruch" verjährt in vier Jahren, offenbar beginnend vom Ablaufe der Vorlegungsfrist — weil er ja vorher gar nicht geltend gemacht werden konnte. Die Frist wird berechnet nach §§ 186 ff.

3. **Die Voraussetzungen** des Rechtes aus § 804 — Verlust oder Vernichtung der Scheine — soll nach dem Entw. I, s. die Ausführungen der Mot. S. 711, **der angebliche Verlierer zu beweisen** haben. Das ist in zweiter Lesung (s. Prot. S. 549) insofern geändert, als vor Ablauf der Vorlegungsfrist eine bloße Anzeige genügt, ohne daß bei dieser bezw. vor dem Fristablauf der Verlust erwiesen werden müßte. Dagegen beim Anspruch auf die Leistung selbst muß nach dem zweifellosen Wortlaut des Abs. 1 Satz 1 („Ist . . . abhanden gekommen . . . und hat . . . vor dem Ablaufe . . . . angezeigt") nicht nur die Rechtzeitigkeit der Anzeige, sondern auch der Verlust des Scheines nachgewiesen werden. So mit Recht Planck Nr. 3 gegen meine Aufl. 1, ebenso Jacobi S. 289, dagegen wie meine frühere Ansicht Kober-Staudinger Nr. II, 1c. Hat der Kläger diesen Beweis erbracht, so ist es Sache des Ausstellers, das Vorhandensein eines der besonderen Ausschlußgründe des Satzes 2 (oben Bem. 1) zu erweisen, wogegen wieder der Kläger replicando sich auf die Abs. 1 Satz 2 a. E. angeführten Momente (Vorlegung usw. erst nach Fristablauf) berufen kann.

§ 805.

Neue Zins- oder Rentenscheine für eine Schuldverschreibung auf den Inhaber dürfen an den Inhaber der zum Empfange der Scheine ermächtigenden Urkunde (Erneuerungsschein) nicht ausgegeben werden, wenn der Inhaber der Schuldschreibung der Ausgabe widersprochen hat. Die Scheine sind in diesem Falle dem Inhaber der Schuldverschreibung auszuhändigen, wenn er die Schuldverschreibung vorlegt.

E. I 698, E. II 733, RV. 789. — Mot. S. 712, Prot. II S. 551—4.

Literatur: Denecke, Iherings Jahrb. 42 352ff.

1. a) Die **Erneuerungsscheine** haben im Zweifel **nicht** die Qualität eines selbständigen Inhaberpapiers, sondern nur eines Legitimationszeichens; sie folgen daher den rechtlichen Schicksalen des Hauptpapiers. Diese Auffassung entspricht nicht nur dem bisherigen Recht, s. besonders Bundesgesetz vom 9. XI. 1867 und Preußisches Gesetz vom 18. III. 1869, sondern auch, nach der herrschenden und richtigen Lehre, dem BGB. (s. oben Bem. 3 zu § 803, Dernburg § 149, IV, Enneccerus § 344 a. E., Crome § 311 Anm. 54, Jacobi S. 290, Staudinger zu § 803 Nr. IVb und zu § 805 Nr. 1). Nur aus diesem Grundsatz erklärt sich die Bestimmung des § 805; der Inhaber des Erneuerungsscheines ist nicht als solcher berechtigt auf die neuen Zinsscheine, muß vielmehr demjenigen der Haupturkunde im Kollisionsfall weichen.

Anders freilich Brunner in Endemanns Handbuch 2 140, 205, Cosack § 267 Anm. 9, § 274 Anm. 3, Denecke aaO. S. 390—401. Aber Denecke gibt selbst zu, daß die Übertragung des Talons nicht die Bedeutung einer Übertragung des darin verbrieften Rechtes habe, und mit dieser Feststellung scheint mir trotz seines Widerspruchs der Charakter als wahres Inhaberpapier widerlegt.

Ferner lehrt Denecke selbst, daß der Talon der Regel des § 952 unterliege, das Eigentum daran materiell von dem am Papier nicht getrennt werden können (S. 368—9). Dann aber kann er doch nicht Träger einer besonderen Forderung sein, seine selbständige Übertragung kann (so auch Denecke S. 392) nur die Bedeutung eines mandatum in rem suam darstellen. So kann ihm Denecke die behauptete Natur als Inhaberpapier nur dadurch retten, daß er die Übertragungsfunktion für dessen Begriff nicht wesentlich sein läßt (S. 400). Aber damit entzieht er jenem gerade das dafür nach allgemeiner Anschauung (s. auch besonders § 935 Abs. 2) am meisten charakteristische, für seine Abgrenzung von den bloßen Legitimationszeichen unentbehrliche Element. Höchstens prozessual kann man eine Annäherung des Talons an das Inhaberpapier zugeben, indem sein Besitz den Schuldner zum Gegenbeweis nötigt.

b) Denecke kommt infolge seiner Lehre zu dem Ergebnis (S. 389—90), daß die Papier- und Taloninhaber Solidargläubiger seien. Aber auch das ist zu bekämpfen. Berechtigt sind nie beide zusammen, sondern entweder nimmt man an, daß in Wahrheit nur der Hauptpapierinhaber das Recht auf die neuen Zinsscheine habe, oder man schreibt dieses Recht allein dem Taloninhaber zu und gibt jenem nur die Befugnis, sein Recht durch Erhebung des Widerspruchs (s. unten c) zu beseitigen oder lahmzulegen. Nach dem zu a) Gesagten ist die erste Auffassung vorzuziehen.

c) Der im Texte erwähnte „Widerspruch" des Inhabers hat natürlich dem Aussteller gegenüber zu erfolgen; er ist eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung im Sinne von §§ 130ff., aber kein Rechtsgeschäft im strengen Sinne (s. Eltzbacher, Rechtswirksames Verhalten S. 195: „unmaßgebliche Willensäußerung"). Denn nach der richtigen Auffassung wird dadurch (s. Nr. 1c) kein nichtvorhandenes Recht geschaffen, kein vorhandenes vernichtet. Der Widerspruch geht nur gegen die tatsächliche Vornahme eines Aktes, der schon an sich unrechtmäßig und nur auf Grund des guten Glaubens gemäß § 808 wirksam sein würde.

Daß er erfolgt sei, muß natürlich der Widersprechende beweisen. Eine des Widerspruchs ungeachtet erfolgte Aushändigung der neuen Zinsscheine an den Inhaber des Talons kann natürlich die Gerechtsame desjenigen der Haupturkunde nicht beeinträchtigen.

2. Gleichfalls zu § 803 wurde bemerkt, daß ausnahmweise der Erneuerungsschein mit den Eigenschaften eines wahren Inhaberpapiers bekleidet werden kann (so auch Crome und Enneccerus aaO.); alsdann kommen die Sätze des § 805 nicht zur Anwendung, sondern dem Berechtigten bleiben nur die Vindikation des Scheines und der Zinsscheine gegenüber dem unberechtigten Inhaber sowie die etwaigen Ersatzansprüche.

3. Daß der Inhaber der Haupturkunde einem andern zur Überlassung des Erneuerungsscheines und der Zinsscheine persönlich verpflichtet sein kann, ist selbstverständlich; auf sein Widerspruchsrecht im Sinne des § 805 übt das aber nach außen hin keinen Einfluß.

§ 806.

Die Umschreibung einer auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibung auf den Namen eines bestimmten Berechtigten kann nur durch den Aussteller erfolgen. Der Aussteller ist zur Umschreibung nicht verpflichtet.

E. I 700, E. II 734, RV. 790. — Mot. S. 713—7, Prot. II S. 555, D. S. 147—8.

1. **Außerkurssetzung; Umschreibung der Inhaberpapiere:** Ein großer Teil der deutschen Staaten kannte bisher das Institut der Außerkurssetzung der Inhaberpapiere mittelst eines Vermerkes, den entweder der Inhaber selbst oder auf seinen Antrag eine Behörde auf die Urkunde setzte Das zu dem Zwecke, um die gesetzlichen Beschränkungen der Vindikationsmöglichkeit des Papiers auszuschließen (Mot. S. 714) — in den Fällen, wo es den Inhabern nicht sowohl um erleichterte Verfügung, als vielmehr um ruhigen Besitz und Zinsgenuß zu tun war. So u. a. nach dem Preußischen Gesetz vom 16. VI. 1853. Andere Staaten kannten dafür oder daneben die Umschreibung des Papiers auf den Namen des Berechtigten nach dessen Antrag durch den Aussteller, oder auch die sogen. Vinkulierung des Papiers.

Das BGB. dagegen hat die Außerkurssetzung wie die Vinkulierung nicht anerkannt, sondern **nur die Umschreibung** des Papiers auf den Namen des Berechtigten durch den Aussteller. Sie setzt Willensübereinstimmung zwischen beiden Beteiligten voraus; eine Verpflichtung des Ausstellers dazu ist nach Satz 2 nicht vorhanden, anders natürlich kraft besonderen Versprechens auf der Urkunde oder gegenüber dem Inhaber persönlich.

Umgekehrt ist der Aussteller nicht einseitig berechtigt — übrigens auch gewöhnlich nicht in der tatsächlichen Lage — die Umschreibung vorzunehmen; es sei denn, daß er Eigentum am Papier noch besitzt oder nach § 797 wiedererlangt hat.

2. Durch die Umschreibung verliert die Schuldverschreibung ihre bisherige Eigenschaft und wird Namens(Rekta)-papier; jedoch steht einer neuerlichen Rückverwandelung in ein Inhaberpapier im allgemeinen nichts im Wege. — Präsentationspapier im Sinne der Vorbemerkung bleibt auch die auf den Namen umgeschriebene Schuldverschreibung, Kuhlenbeck Nr. 1.

3. S. die Vorbehalte für das Landesrecht im EG. Art. 101, die Übergangsbestimmungen in Art. 174 Abs. 1, 176 das.

Vgl. auch ZPO. § 823.

§ 807.

Werden Karten, Marken oder ähnliche Urkunden, in denen ein Gläubiger nicht bezeichnet ist, von dem Aussteller unter Umständen ausgegeben, aus welchen sich ergibt, daß er dem Inhaber zu einer Leistung verpflichtet sein will, so finden die Vorschriften des § 793 Abs. 1 und der §§ 794, 796, 797 entsprechende Anwendung.

E. I 702, E. II 735, RV. 791. — Mot. S. 721—2, Prot. S. 561—2.

1. Die in § 807 genannten Urkunden sind **an sich** bloße Legitimationszeichen im Sinne von § 808, die dem Inhaber keineswegs ein selbständiges Recht geben, sondern nur den Aussteller durch Leistung an ihn befreit werden lassen. Sie unterscheiden sich auch äußerlich von den Inhaberpapieren dadurch, „daß sie regelmäßig den Gegenstand der Leistung gar nicht oder nur sehr unvollkommen, oft nicht einmal den Aussteller angeben, auch fast durchgehends der Vollziehung entbehren", Mot. S. 721.

Sie können indes auch bestimmungsgemäß eine weitergehende Wirkung haben, derart, daß sie, wie die eigentlichen Inhaberpapiere, „dem jeweiligen Inhaber ein selbständiges, nicht abgeleitetes Forderungsrecht verschaffen". Wann das der Fall ist, läßt sich nur aus den besonderen Umständen erkennen; nach dem Wortlaut des Paragraphen und der Natur der Sache darf die weitergehende Absicht keineswegs vermutet werden, sie muß sich aus den die Ausstellung begleitenden Umständen besonders ergeben. Gierke S. 161 verweist zur Abgrenzung zutreffend auf die Verkehrssitte, s. auch Jacobi S. 370ff.: es kommt vorwiegend darauf an, ob der Aussteller für den Verkehr bestimmte Marken zu schaffen beabsichtigt oder nicht; ersterenfalls ist ein wahres Inhaberpapier anzunehmen. Aber auch z. B. bei Theaterbillets. M. E. sind ferner, obwohl auf einen weiteren Umsatz durch den ersten Nehmer meist nicht berechnet, Stadtbahnfahrkarten, Bademarken, Bier- und Speisemarken in der Regel dahin zu rechnen. So auch Gierke S. 161. Ebenso auch wohl vielfach (aber keineswegs, s. die ausführlichen Angaben bei Staudinger I, 4a) gewöhnliche Eisenbahnfahr- und selbst Rückfahrkarten, Goldmann-Lilienthal S. 844, anders meine Aufl. 1. Denn das noch nicht verwendete Billet kann übertragen werden; die regelmäßige Unübertragbarkeit des „angebrochenen" erklärt sich einfach dadurch, daß die Leistung des Schuldners nicht geteilt werden, sondern nur einheitlich gegenüber einer bestimmten Person erfolgen soll. Anders ist zu entscheiden bei Rundreise- und Abonnementsbillets, sowie bei Garderobemarken und den Ausweismarken wegen der in Reparatur gegebenen Wertgegenstände, den Gepäckscheinen und Aufbewahrungsscheinen für Handgepäck, bei Eintrittskarten zu Bällen und ähnlichen Veranstaltungen (s. OLG. Darmstadt DJZ. **03** 252, HansGZ. 25 Beil. S. 85). Wegen der Straßenbahnbillete s. Seelmann, ArchBürgR. **25** 186ff., Staudinger aaO. und dort zitierte (gewöhnliche Quittung?). Die Versicherungsmarken der Invaliditätsversicherung dürften unter § 807 fallen, Rosin, Arbeiterversicherung II S. 415.

2. Nur von den echte Inhaberpapiere darstellenden Marken handelt das Gesetz in § 807. Seine **Bedeutung** ergibt sich aus dem Text. Zwar nicht alle, aber die wichtigsten und am meisten charakteristischen Sätze des Titels sollen auf diese Urkunden „entsprechende" Anwendung finden; wohin diese führt, bedarf hier keiner weiteren Erläuterung.

Wie erklärt sich die Anwendung des § 794, der einen Ausgabeakt unerheblich sein läßt, während § 807 eine Ausgabe als geschehen unterstellt? Die Antwort ist mit Eck S. 592 so zu geben: erfordert wird nur eine Ausgabe der Serie als solcher, der Karten und Marken dieser Art, Emission, Gattung. Ist sie erfolgt, so schadet es nichts, wenn ein Einzelstück wider Willen des Ausstellers in fremde Hände kommt. Das ist auch um deswillen gerechtfertigt, weil man dem Einzelstück nicht ansehen kann, wie es in den Verkehr gelangt sei, Leonhard zu Eck aaO.

3. Die Form der Inhaberpapiere ist auch bei den übrigens deren Rechtsnatur aufweisenden Marken unanwendbar. Sie können wirksam in der jeweils verkehrsüblichen Weise ausgegeben werden; das ergibt die Verweisung des Gesetzestextes auf die vom Verkehrsleben geprägten Bezeichnungen, die das Gesetz dadurch mit ihren verkehrsmäßigen Anwendungsfällen übernimmt. So auch Goldmann-Lilienthal S. 846.

4. S. auch EG. Art. 102 Abs. 1.

§ 808.

Wird eine Urkunde, in welcher der Gläubiger benannt ist, mit der Bestimmung ausgegeben, daß die in der Urkunde versprochene Leistung an jeden Inhaber bewirkt werden kann, so wird der Schuldner durch die Leistung an den Inhaber der Urkunde befreit. Der Inhaber ist nicht berechtigt, die Leistung zu verlangen.

Der Schuldner ist nur gegen Aushändigung der Urkunde zur Leistung verpflichtet. Ist die Urkunde abhanden gekommen oder vernichtet, so kann sie, wenn nicht ein anderes bestimmt ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden. Die im § 802 für die Verjährung gegebenen Vorschriften finden Anwendung.

E. I 703, E. II 736, RV. 792. — Mot. S. 722—23, Prot. II S. 562—66.

1. Von den Inhaberpapieren zu scheiden ist die im Verkehr sehr wichtige Gruppe der eigentlichen **Legitimationszeichen** (hinkenden Inhaberpapiere), bei denen die Urkunde zwar mit nichten das Recht verkörpert, aber die Bedeutung hat, daß der Schuldner durch Leistung an den Inhaber, auch wenn er nicht wahrer Gläubiger ist, befreit wird. Auch von ihnen kann man zwei Arten unterscheiden:

a) **Der Gläubiger ist nicht genannt.** Denn wird es sich meist um die in § 807 behandelte besondere Art von Inhaberpapieren handeln; nötig ist das aber nicht (s. Bem. dazu), es können auch bloße Legitimationszeichen sein, s. die Beispiele in Bem. 1 a. E. zu § 807. Von ihnen redet das BGB. nicht besonders; es steht aber nichts im Wege, die Sätze des § 808 entsprechend darauf anzuwenden. Jedenfalls haben sie mit der Klasse b) das Zweckmoment — Befreiungsmöglichkeit durch Leistung an den Produzenten — gemein. Anders Planck Nr. 4a, da solche Urkunden häufig nur die Legitimation des Gläubigers erleichtern, nicht ein Recht des Schuldners, befreiend an den Inhaber zu leisten, schaffen wollten. Aber ohne ein solches „Recht" können sie den von Planck angegebenen Zweck nur unvollkommen erfüllen — erst die Befreiungsmöglichkeit des Schuldners nimmt ihm das Interesse daran, vom Gläubiger weiteren Beweis zu verlangen und kommt in der Regel damit gerade diesem zu gute, indem er jetzt ohne Weiterungen das Geschuldete erlangt.

Natürlich ist eine minder weitgehende Absicht nicht ausgeschlossen; sie ist nur nicht zu vermuten.

b) **Es ist darin ein Gläubiger angegeben,** aber mit der Maßgabe, daß der Aussteller sich durch Leistung an jeden Inhaber solle befreien können. Das ist die in § 808 direkt behandelte Klasse. Es gehören dahin namentlich Leihhaus- und sonstige Pfandscheine, die meisten Eisenbahnabonnements, Rundreisehefte, besonders aber, als zweifellos wichtigster Anwendungsfall, Sparkassenbücher und Versicherungspolizen. S. wegen jener RG. bei Gruchot **25** 731 und **30** 424, OLG. Dresden, SächsArch. **13** 92, s. auch die Dissert. von P. Schwartz, Leipzig 1902, und J. Niemann, Erlangen 1905. Wegen der Versicherungspolizen auf den Inhaber vgl. RG. bei Gruchot **27** 968, OLG. Oldenburg, Rspr. 8 86, OLG. Hamburg das. S. 87, Bendix in ZVersWiss. IV S. 262, 266, 271: sie sind in der Regel Legitimationspapiere im Sinne des § 808, nur ausnahmsweise wahre Inhaberpapiere oder umgekehrt einfache Beweisurkunden.

Der begriffliche Unterschied solcher Urkunden von den Inhaberpapieren ist bereits mitgeteilt. Es kommt noch — und darin liegt praktisch der wesentliche Gegensatz — hinzu, daß der Aussteller zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, an jeden Inhaber zu leisten, Abs. 1 Satz 2. Er kann also einen vollen Nachweis der Legitimation verlangen, während er beim Inhaberpapier seinerseits die Nichtberechtigung des Inhabers beweisen müßte. Und diesen Nachweis führt der Produzent hier nicht schon durch Berufung auf einen sachenrechtlichen Erwerbsakt, sondern erst dadurch, daß er sich als Rechtsnachfolger in Bezug auf das bestehende Schuldverhältnis ausweist.

Wie bei den Inhaberpapieren, ist der Schuldner auch hier nur gegen Aushändigung der Urkunde zu leisten verpflichtet; bis dahin steht ihm ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 zu. Daß er daneben nach § 368 eine Quittung verlangen kann, ist selbstverständlich. — Die weiteren Sätze des **Abs. 2** bedürfen keiner Erläuterung.

2. a) Wie, wenn der Aussteller **wissentlich** an **einen Nichtberechtigten leistet?** Man wird ihn dann **nicht** für befreit erachten dürfen, schon wegen § 242 — denn er hat hier dem wahren Gläubiger gegenüber gröblich gegen Treu und Glauben verstoßen. Er haftet diesem somit noch immer auf Erfüllung, event. nach § 280 auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Die gegenteilige Anschauung der Kommission (s. Prot. S. 768) ist, als im Gesetze selbst nicht zum Ausdruck gekommen, nicht maßgebend.

Die meisten sind freilich auch hier, wie in der entsprechenden Frage bei den wahren Inhaberpapieren (s. oben Nr. 4 zu § 793) anderer Ansicht, so z. B. Planck Nr. 3a, Türcke=Riedenführ Nr. 2; allenfalls unter Vorbehalt einer Ersatzpflicht aus unerlaubter Handlung, so Crome § 315 Anm. 29, Enneccerus § 345, II, 2, Staudinger II, 1b. Gegen die Befreiung des wissentlich an den Unberechtigten leistenden Schuldners Dernburg § 149 Nr. 4, Gierke S. 190, Kuhlenbeck Nr. 1. Die herrschende Lehre ist hier deshalb noch anstößiger als bei den Inhaberpapieren, weil der Aussteller hier nur das Recht, aber von vornherein nicht die Pflicht hat, an den sich nicht weiter ausweisenden Inhaber zu leisten. Ein Recht aber darf nicht zur bloßen Schikane (§ 226) ausgeübt; die Pflicht, die der Aussteller hier gegenüber dem wahren Berechtigten hat, muß nach Treu und Glauben erfüllt werden (§ 242). Jedenfalls ist der Schluß der Gegner: weil keine Prüfungspflicht, deshalb auch Befreiung trotz erkannter Nichtberechtigung des Produzenten, ganz verfehlt. Der Aussteller braucht nicht zu prüfen; aber wenn er ohne Prüfung den Mangel erkannte, so liegt der Fall doch anders, wie wenn er einfach ohne Rücksicht auf die an sich offene Frage der Berechtigung des Produzenten leistet. Nur das dürfte richtig sein, daß nicht die bloße, vielleicht als beweislos unverwertbare, Kenntnis der Nichtberechtigung des Produzenten als solche die Befreiung des Ausstellers ausschließen wird, sondern der damit meist, aber nicht notwendig verbundene Verstoß gegen Treu und Glauben. Fahrlässige Unkenntnis ferner wird man (anders Aufl. 1) hier überhaupt nicht in Betracht ziehen dürfen, da die Leistung an den Produzenten ohne Rücksicht auf seine Vertrauenswürdigkeit in den Fällen des hier in Frage stehenden Massenverkehrs verkehrsüblich, ja wirtschaftlich notwendig ist, also keine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt darstellen kann. Anders höchstens in ganz extremen, seltenen Fällen, wo dem Produzenten sein Rechtsmangel sozusagen auf der Stirn geschrieben steht.

b) Umgekehrt braucht der Schuldner nach Abs. 2 Satz 1 nicht an den wahren Gläubiger, der ihm die Urkunde nicht vorlegen und aushändigen will oder kann, zu leisten. Aber einer freiwilligen Leistung an ihn mit befreiender Wirkung steht auch in solchen Fällen nichts im Wege. Anders zu Unrecht Bendix aaO. S. 270 hinsichtlich der Lebensversicherungspolize. § 808 ist offenbar nicht dahin zu verstehen, daß der Aussteller nur, sondern dahin, daß er auch schon durch Leistung an den Inhaber befreit werde.

3. Da die Legitimationszeichen im Gegensatz zu den Inhaberpapieren keinerlei besondere Übertragungsfunktion erfüllen, so kann ihre Übergabe auch keine Übertragung der in Frage stehenden Rechte darstellen, ebensowenig eine Verpfändung. So vollzieht sich z. B. die Übertragung der Sparkassenguthaben nicht durch Übergabe, sondern durch Zession, die freilich leicht in jener ohne weiteres als enthalten unterstellt werden kann. S. die Angaben bei Staudinger Nr. III b, c. Ebenso seine Verpfändung nach den Regeln der Forderungsverpfändung.

4. S. auch EG. Art. 98, 102 Abs. 2, 177ff.; auch ZPO. § 1019.

Dreiundzwanzigster Titel.

Vorlegung von Sachen.

§ 809.

Wer gegen den Besitzer einer Sache einen Anspruch in Ansehung der Sache hat oder sich Gewißheit verschaffen will, ob ihm ein solcher Anspruch zusteht, kann, wenn die Besichtigung der Sache aus diesem Grunde für ihn von Interesse ist, verlangen, daß der Besitzer ihm die Sache zur Besichtigung vorlegt oder die Besichtigung gestattet.

E. I 774, E. II 695, RV. 793. — Mot. S. 889—91, Prot. II S. 770.

Literatur, a) ältere: Demelius, Die Exhibitionspflicht, 1872.

b) neuere: Dierschke, Vorlegung von Sachen zur Besichtigung, 1901; Siegel, Vorlegung von Urkunden im Prozeß, 1904.

1. **Allgemeines:** die actio ad exhibendum hatte im Römischen und Gemeinen Recht eine sehr erhebliche Bedeutung; nach der dort herrschenden (s. Windscheid § 474) und auch von den modernen Gesetzgebungen bisweilen angenommenen Lehre erforderte „sie nur den Nachweis oder gar die bloße Bescheinigung eines dinglichen oder persönlichen Rechts und eines an dieses Recht sich knüpfenden Interesses an der Vorzeigung der Sache, und geht unter dieser Voraussetzung gegen jeden Inhaber der Sache", Mot. S. 890. Ähnlich SächsGB. § 1565, während das Landrecht und der Code über die Klage nichts besonderes enthalten.

Das BGB. hat den Anspruch in dem weiten Umfange des Gemeinen Rechts nicht anerkannt, s. die Gründe in den Mot. S. 890; man benötigt seiner heute nicht mehr in dem Maße wie in Rom, einmal, weil die mit anderen verbundenen Sachen heute mögliche Gegenstände der Vindikation sind; zum andern, weil auch ohne einen solchen besonderen Anspruch vielfach schon die Auslegung des fraglichen Geschäftes oder der gesetzlichen Bestimmungen zu einem entsprechenden Ergebnis führt.

Der Anspruch ist danach zwar nicht vollinhaltlich beseitigt, aber nur unter folgenden **Voraussetzungen** zugelassen:

a) Wenn der durch die Klage auf Vorweisung vorzubereitende Anspruch gerade **gegen den Besitzer** (im Sinne von §§ 854 ff.) geht; also nicht wegen eines dadurch zu vermittelnden Anspruches gegen dritte Personen.

b) Es muß sich handeln um eine Sache, d. h. eine körperliche im Sinne von § 90, sei sie beweglich oder auch unbeweglich. Eine Beschränkung auf Mobilien (so Demelius S. 62 für das Gemeine Recht) ist dem BGB. fremd.

c) Es muß sich handeln um einen **Anspruch „in Ansehung der Sache"** oder um die **Verschaffung der Gewißheit**, ob ein solcher zustehe; ob z. B. das vom Beklagten besessene Tier mit demjenigen, dessen Eigentum sich der Kläger zuschreibt, identisch ist.

Und zwar ist Voraussetzung entweder das wirkliche Vorhandensein eines solchen Anspruchs oder die zu verschaffende Gewißheit darüber. Der Kläger muß also nachweisen:

α) Entweder, daß er den fraglichen Anspruch schon habe, d. h. er muß den Beweis aller zu seiner Entstehung notwendigen Tatbestandsmomente erbringen.

β) Oder, daß sich aus der begehrten Besichtigung ergeben werde, ob ihm ein Anspruch der genannten Art zustehe. Hier muß der Kläger gleichfalls alle rechtsbegründenden Momente erweisen, mit Ausnahme nur des einen, dessen Vorhandensein sich erst durch die Besichtigung ergeben soll. In der Beweiskette darf nur noch ein Glied fehlen, sodaß sie durch das Ergebnis der Besichtigung eventuell geschlossen wird. So richtig Dierschke S. 68, 75 („der Sachverhalt muß bis auf den einen Punkt geklärt sein").

Ob der angebliche, vorzubereitende Anspruch des Klägers ein dinglicher oder persönlicher ist (Anspruch aus dem Eigentum — aus einem mit dem Beklagten über die vorzuweisende Sache geschlossenen Kauf), macht keinen Unterschied; ebenso ist gleich, ob er gerade auf die Sache selbst gerichtet ist oder nur sonst „in Ansehung ihrer", d. h. mit einer rechtlichen Beziehung auf sie, behauptet wird. Daher hat z. B. der Gläubiger den Anspruch auf Vorweisung der mehreren alternativ geschuldeten Sachen behufs Vorbereitung der ihm zustehenden Wahl; ebenso dürfte dem Mieter, Entleiher, Nießbraucher der Sache der Anspruch zustehen.

d) Das Gesetz gibt das Recht aus § 809 nur für Zwecke der Durchführung eines Anspruches. Es fragt sich, ob es nicht auch zwecks der eines Rechtes des rechtlichen Könnens (Gestaltungsrechtes) anzuerkennen sei? Ansprüche stellen diese Gerechtsamen nicht dar (bezw. begründen keine solche), und darum will Dierschke ihretwegen das Vorlegungsrecht versagt wissen, S. 43, 78; so z. B. zwecks Geltendmachung von Vorkaufs- und Anfechtungsrechten. Aber § 809 ist schwerlich ein die entsprechende Anwendung ausschließender Sondersatz; innere Gründe lassen seine Anwendung auch in den genannten Fällen wünschenswert, ja geboten erscheinen; man wird sich somit dafür entscheiden.

e) **Die Besichtigung muß** dem Kläger **aus diesem Grunde** (d. h. zur Vorbereitung der Ansprüche zu c) **von Interesse** sein, also z. B. wegen Feststellung der Identität der Sache, wegen Untersuchung des Wertes der alternativ geschuldeten.

2. Die Voraussetzungen zu 1. muß der Kläger beweisen, namentlich auch, zur Vermeidung schikanöser Ansprüche, das besondere Interesse zu b); dagegen sollte er nach

Aufl. 1 nicht verpflichtet sein, im strengen Sinne darzutun, daß der vorzubereitende Anspruch wirklich begründet sei; das solle ja erst im demnächstigen Prozeß, um dessen lediglicher Vorbereitung es sich handelt, festgestellt werden. Andererseits genügte nicht die bloße Behauptung des Anspruches; man müsse vielmehr nach dem Muster des Gemeinen Rechts darüber eine „summarische Kognition" veranstalten; der Richter habe den Beweis solcher Tatsachen, aber auch nicht mehr, vom Kläger zu verlangen, aus denen „er sich ein Urteil bilden kann, ob Kläger wirklich mit Ernst und ohne Unredlichkeit seine Hauptklage als bevorstehend ankündigen kann" (Demelius S. 163). Diese Auffassung hat aber mit Ausnahme von Staudinger Nr. V keinen Beifall gefunden, s. dagegen u. A. Dierschke S. 61ff., 75, Enneccerus § 347, III, Matthiaß S. 697, Planck Nr. 2, Siegel S. 75—6, auch Mot. S. 891. Sie beruhte in der Tat auf einer ungenauen Beobachtung der Fälle oben Nr. 1 c β: gewiß können bei ihnen nicht alle Tatbestandsmomente zur Beweislast des Klägers stehen, aber doch, wie oben entwickelt ist, alle anderen mit Ausnahme des gerade durch die Vorlegung festzustellenden einen. Bei den Fällen 1 c α läßt sich auch nicht einwenden, daß, wenn der Kläger alle Tatbestandsmomente für den Anspruch auf die vorzulegende Sache bereits im Vorlegungsprozeß erweisen müsse, dieser unnötig sei und zugunsten des Herausgabeanspruchs zurücktreten könne. Denn dagegen ist zu sagen:

α) Der vorzubereitende Hauptanspruch ist nicht immer ein Herausgabeanspruch, sondern kann nach dem Text auch ein anderer Anspruch „in Ansehung der Sache" sein; z. B. auf Herstellung gewisser Anlagen und sonstiger Maßnahmen daran.

β) Dem Hauptanspruch steht vielleicht noch eine Einrede (etwa des Zurückbehaltungsrechts) entgegen. Der Kläger möchte Zug um Zug leisten, sich aber vorher Gewißheit darüber verschaffen, ob die zu beanspruchende Sache die vertragsmäßige Beschaffenheit aufweise. Dazu ist ihm die Vorlegung dienlich; der Anspruch auf sie ist ihm von vielleicht erheblichem selbständigem Wert neben dem Leistungs- oder Herausgabeanspruch.

3. **Die Folgen der Nichterfüllung** der Vorweisungspflicht sind die allgemeinen; also Ersatzhaftung bei Verzug und schuldhafter Unmöglichmachung der Erfüllung. Jedoch ist dabei zu beachten, daß ein präsenter Anspruch des Klägers erst mit der Aufforderung zur Vorweisung entsteht; die bloße Möglichkeit, daß ein Interessent den Besitzer irgend einmal auf Vorweisung in Anspruch nehmen werde, kann diesen noch nicht zum Schuldner machen, ihn also auch nicht verpflichten, den Besitz der Sache nicht zum Schaden des klägerischen Anspruches aufzugeben. Nur bei vorsätzlichem Verbringen („dolo desinere possidere") greift § 826 Platz.

4. S. auch die ähnlichen Bestimmungen in §§ 716, 867, 1005, 2259.

§ 810.

Wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitze befindliche Urkunde einzusehen, kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem andern bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem andern oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind.

E. I 775, E. II 696, RB. 794. — Mot. S. 891—2, Prot. II S. 771—5.

Literatur: Kohler, ArchZivPrax. 79 1ff.; Siegel (s. zu § 809).

1. Über die **Urkundenedition** enthielten die bisherigen Gesetze meist keine Sonderbestimmungen, s. indes für das GR. Windscheid § 474 Nr. 6, RG. 32 Nr. 43 S. 166; ferner SächsGB. § 1566; dagegen fanden sich solche in der ZPO. §§ 387, 394 (jetzt 422, 429), s. darüber die Kommentare dazu. An sie schließt sich das BGB. an; es dehnt sie, zugleich unter sachlicher Erweiterung, auf die Fälle aus, wo noch kein Rechtsstreit anhängig ist.

2. **Voraussetzungen** der Editionspflicht des § 810 sind:

a) Ein rechtliches Interesse an der Einsicht; s. über den Begriff Dierschke S. 50ff., Siegel S. 66. Meine Aufl. 1 identifizierte es mit dem in § 343 Abs. 1 unterstellten „berechtigten" Interesse und zog infolgedessen jedes von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkannte Interesse darunter. Dagegen, wohl mit Recht, Siegel. Beides ist in der Tat nicht dasselbe, am wenigsten im Munde eines in der Technik so genauen Gesetzbuches, wie es das BGB. durchweg ist. „Rechtliches Interesse" ist somit nicht jedes rechtlich gestattete, anerkannte Interesse, sondern es steht nur dem zu, der des Gegenstandes bedarf zur Förderung, Erhaltung oder Verteidigung seiner rechtlichen (rechtlich geschützten) Verhältnisse, Siegel aaO. Daß es sich gerade um ein derartiges Vermögensinteresse handle, ist nicht erfordert; auch ein familienrechtliches Interesse, vielleicht selbst ein solches an der Bestrafung eines Beleidigers usw. kann dahingehören. Der Begriff ist viel weiter als der des subjektiven Rechts, auch nach seiner von mir jetzt eingenommenen engeren Auslegung. S. auch Bem. 1 zu § 809.

b) es muß sich um Urkunden von einer der im Text genau umschriebenen Arten handeln, die im allgemeinen keiner weiteren Erläuterung bedürfen. Nicht erfordert ist, daß die Urkunde gerade im alleinigen Interesse des Anspruchsberechtigten errichtet ist; auch solche, die im gemeinschaftlichen Interesse seiner und des Gegners oder eines dritten hergestellt wurden, gehören dahin, z. B. schriftliche Ehrenerklärungen, die jemand mir und meinem Freunde gemeinsam abgegeben hat. Unter die zweite Klasse im Text würden namentlich auch Quittung und Schuldschein fallen. S. über den Begriff „Beurkundung eines Rechtsverhältnisses" auch RG. 56 Nr. 27 S. 112: es ist nicht nötig, daß die Urkunde das ganze Rechtsverhältnis zusammenfassend verzeichne; es genügt die rechtliche Beziehung der Beurkundung auf ein solches. Das RG. folgert daraus, daß der Bürge Anspruch auf Verlegung der Handelsbücher des Gläubigers habe, um daraus zu ersehen, ob der Hauptschuldner seine Schuld beglichen habe. Ferner BayOLG. bei Seuffert 60 Nr. 65 S. 124. (Protokoll eines Ausstellungsvereins über Vereinbarungen mit den Ausstellern fallen nicht dahin, sind nur für den inneren Dienst der Vereinsorgane bestimmt.) Ebenso steht es mit Urkunden über ein Geschäft, das der Gegner mit einem dritten geschlossen hat, mag auch der Kläger deshalb daran interessiert sein, weil der Beklagte ihm gegenüber zum Unterlassen eines derartigen Vertragsschlusses verpflichtet war, OLG. Posen Rspr. IV S. 52.

Dagegen kann Einsicht der Handakten eines Anwalts vom Auftraggeber nach § 810 erheischt werden, Müller, JW. 03 S. 368ff.

Auf **das Eigentum** an der Urkunde kommt es dabei überhaupt **nicht** an (so auch RG. bei Seuffert 49 Nr. 252); steht es dem Kläger zu, so kann er statt des Vorlegungsanspruches die Urkunde einfach vindizieren. Es wird sich hier sogar meistens um solche handeln, die dem Kläger entweder nur zu Miteigentum oder überhaupt nicht zu dinglichem Recht zustehen.

c) Die Urkunde muß in fremdem Besitz sein. Auch dies Erfordernis muß der Kläger natürlich beweisen.

Welche Art von Besitz zur Passivlegitimation erfordert werde, bestimmt das Gesetz nicht näher. Wohl mit Recht läßt Siegel S. 147 daher einen unmittelbaren Besitz genügen. Insbesondere kann wohl auch der mittelbare Besitzer gegen den unmittelbaren den Anspruch aus § 810 anstrengen; der rechtspolitische Grund der Bestimmung trifft auch in diesem Fall zu, der mittelbare Besitzer kann das an die Urkunde geknüpfte Interesse ohne körperliches Näheverhältnis zu ihr in der Regel nicht befriedigen, zumal eine Urkunde meist unmittelbarer körperlicher Benutzung dient.

3. Der Anspruch geht **auf Gestattung der Einsicht**, je nachdem der ganzen Urkunde oder auch nur eines Teiles, wenn dadurch nachweislich den Interessen des Anspruchserhebers genügt wird. Unter Umständen, wenn es sein Interesse erfordert oder kein besonderer Grund dagegen vorliegt, wird er auch eine Abschrift von dem für ihn in Betracht kommenden Teil der Urkunde nehmen können.

4. Die Voraussetzungen des Anspruches muß natürlich der Kläger beweisen.

5. Wegen der **Folgen der Erfüllungsverweigerung** s. das zu § 809 Nr. 3 Bemerkte, das auch hier überall verwendbar ist.

6. **Weitergehende Ansprüche** auf Einsicht in Urkunden aus besonderem Rechtsgrund werden durch § 810 natürlich nicht berührt. Sie können beruhen:

a) auf **Vertrag**, etwa Kauf, Miete, Gesellschaftsvertrag (s. namentlich § 716).

b) auf **gesetzlicher Sonderbestimmung** des BGB., so in den §§ 259, 260, 1563, 2010, 2264, oder anderer Gesetze (HGB.!).

c) Insbesondere wegen der Urkundenvorlegung im Prozeß s. ZPO. §§ 422 ff. und wegen des Verhältnisses der prozessualen zur zivilistischen Editionspflicht Siegel S. 111 ff., 117, 195. Siegel unterscheidet mit Recht trotz der Verweisung in § 422 cit. auf das bürgerliche Recht beide Arten; demgemäß sind auch die selbständige, auf materiellem Recht beruhende Vorlegungsklage und die im Prozeß begehrte prozessuale Vorlegung zu sondern. Das nähere gehört nicht hierher.

§ 811.

Die Vorlegung hat in den Fällen der §§ 809, 810 an dem Orte zu erfolgen, an welchem sich die vorzulegende Sache befindet. Jeder Teil kann die Vorlegung an einem anderen Orte verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Die Gefahr und die Kosten hat derjenige zu tragen, welcher die Vorlegung verlangt. Der Besitzer kann die Vorlegung verweigern, bis ihm der andere Teil die Kosten vorschießt und wegen der Gefahr Sicherheit leistet.

E. I 776, E. II 697, RV. 795. — Mot. S. 893, Prot. II S. 776—9.

1. Diese, dem SächsGB. § 1567 folgende, Bestimmung entspricht der Natur der fraglichen Verhältnisse. Die Leistungspflicht an dem „Ort“, wo sich die Sache befindet, steht unter der allgemeinen Herrschaft des § 242. Man wird daher — s. auch Prot. II S. 777—8 — das Wort nicht allzu eng auslegen dürfen im Sinne einer genau umschriebenen räumlichen Begrenzung (etwa der Boden, wo die Urkunden lagern); zwar bedeutet es ebensowenig, wie beim Erfüllungsort (s. Nr. 1d zu § 269) nur den Ort im politisch-geographischen Sinn (anders Aufl. 1 und Staudinger Nr. 1a), sondern auch innerhalb desselben die besondere Lokalität. Aber des näheren ist nach Treu und Glauben zu beurteilen, an welchem enger begrenzten Teile dieser Lokalität die Vorlegung zu geschehen habe.

2. Daß den die Vorlegung Verlangenden **Gefahr und Kosten** treffen sollen, entspricht der Erwägung, daß die Vorweisung in seinem Interesse erfolgt. Er hat wegen der Kosten eine Vorleistungspflicht, bis zu deren Erfüllung der Gegner seine Leistung — im Sinn von § 273 — zurückbehalten kann, wie hier zum Überfluß noch besonders eingeschärft wird. Die Sicherheitsleistung, mit der er diese Zurückbehaltung zu beseitigen vermag, bestimmt sich nach §§ 232 ff.

Die „Gefahr“ der Vorweisung bedeutet, daß der Antragsteller für die Folgen von Verlust und Beschädigung der Sache oder Urkunde, auch ohne besonderes Verschulden, ersatzpflichtig wird; dies nach den allgemeinen Regeln von §§ 249 ff. Für eine Beschränkung der Haftung auf den realen Sachwert fehlt es an äußeren wie inneren Anhaltspunkten.

Vierundzwanzigster Titel.

Ungerechtfertigte Bereicherung.

Vorbemerkung.

Literatur:

a) Wegen der gemeinrechtlichen (vielfach noch verwertbaren) s. die Angaben bei Windscheid vor § 421; hervorzuheben Erxleben, Die condictiones sine causa, 2 Bde., 1850—3; H. Witte, Die Bereicherungsklagen des Gemeinen Rechts, 1859. Ferner Jacobi, Iherings Jahrb. **4** 296ff., Bolze, ArchZivPrax. **78** 422ff. und **79** 183ff., besonders Pernice, Labeo III S. 202—307 (vorwiegend historisch).

b) Zum BGB.: Am umfassendsten v. Mayr, Bereicherungsansprüche des deutschen bürgerlichen Rechts, 1903. Wesentlich auf die Grundprinzipien beschränkt sind die Untersuchungen vor Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes, 1902, Stammler, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (in Festschr. f. Fitting), 1903, Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung, 1899, Hartmann, ArchBürgR. **21** 224ff., Plessen, Grundlage der modernen condictio, 1904; s. auch Staffel, SächsArch. **13** 497ff., Klingmüller, Begriff des Rechtsgrundes, 1901; insbesondere wegen der condictio ob causam datorum Boré, Dissert. Erlangen 1904.

1. **Allgemeines:**

a) Die Kondiktionen, oder, wie sie vielfach, aber nicht ganz genau (s. Jacobi aaO.), genannt werden, Bereicherungsansprüche beruhen im Römischen Recht wie auch im BGB. auf dem Gesichtspunkt, daß jemand auf Kosten eines andern ohne rechtlichen Grund (iusta causa) einen Vermögensvorteil hat (s. dazu auch b). Gegenüber bloßer Anmaßung eines faktischen Vorteils auf Kosten eines andern (z. B. Ansichnehmen einer fremden Sache, Nichterfüllung einer Schuld, anders für diesen Fall zu Unrecht Plessen S. 29), bedarf es nicht dieser Aushilfsmittel, weil alsdann im Rechtssinn gar keine Vermögensverschiebung eingetreten ist, und somit die gewöhnlichen Rechtsmittel ausreichen, s. freilich wegen der „condictio possessionis" unten Nr. 2aβ. Es wird vielmehr vorausgesetzt ein an sich den Rechtsübergang rechtfertigender Umstand, dem aber eine die Vermögensverschiebung rechtfertigende und stützende Kausalbeziehung nicht zur Seite steht.

b) Es kommt indes genauer bei den Bereicherungsansprüchen **nicht allein** auf das **Erlangthaben** ohne rechtlichen Grund an. Allerdings beruhen darauf im alten und neuen Recht ihre wichtigsten Fälle, und § 812 Abs. 1 Satz 1 geht von ihnen zunächst aus. Aber Satz 2 fügt — im Einklang mit der gemeinrechtlichen condictio ob causam finitam — die Fälle hinzu, wo der Rechtsgrund erst später wegfällt, zur Zeit der Erlangung des Rechtsvorteils vorhanden war, wo also nicht sowohl das Erlangthaben, als vielmehr nur das derzeitige Haben des Rechtsgrundes entbehrt.

Es fragt sich, ob danach zwei ganz verschiedene Grundlagen der Ansprüche anzuerkennen oder beide Gesichtspunkte auf einen einzigen zurückzuführen seien? Hierfür Plessen S. 28ff.: es solle überall nur auf die derzeitige Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung ankommen. Das erscheint beifallswert. Das Erlangthaben ohne rechtlichen Grund ist nicht nur nicht erforderlich für den Anspruch (s. § 812 Abs. 1 Satz 2 cit.), sondern andererseits auch nicht ausreichend: leistet jemand auf eine bloß bedingte Schuld in Unkenntnis der Bedingung, so hat der Empfänger den Vorteil zunächst sicherlich ohne Rechtsgrund erlangt (s. § 813 und Bem. dazu).

Und doch fällt der Rückforderungsanspruch mit dem Zeitpunkt des Bedingungseintritts zweifellos weg; nur das Haben ohne Rechtsgrund bildet also seine Grundlage. Das ist mit dem Gesetzestexte wohl vereinbar: § 812 Abs. 1 Satz 1 denkt an das Erlangthaben offenbar nur im Sinne der regelmäßigen historischen Begründung, nicht im Sinne einer funktionellen Voraussetzung für den Bereicherungsanspruch. S. 2 enthält weniger eine Ausdehnung, als vielmehr eine authentische Auslegung des etwas mißverständlichen S. 1.

Besser verwendet man (mit Jung) als oberstes Einteilungsprinzip den in § 812 gleichfalls markierten Unterschied der Fälle, wo der Erwerb durch die Leistung eines anderen und derer, wo er „in sonstiger Weise" erlangt ist. Unter diesen „sonstigen" Fällen sondert Jung vier Gruppen:

α) Originären Erwerb eines Rechts zum Nachteil des bisherigen Inhabers.

β) Physischen Konsum fremder Vermögensstücke.

γ) Wirtschaftlich-rechtlichen Konsum von solchen.

δ) Getroffenwerden von fremden Passivis, S. 55.

c) Schwierig und außerordentlich zweifelhaft ist der leitende rechtspolitische Gedanke bei den Ansprüchen der §§ 812ff. Wie kann man etwas haben einerseits in rechtlich anerkannter Weise, so daß aber doch andererseits dafür der rechtfertigende Grund fehlt? (S. dazu außer den zitierten Schriften von Jung, Plessen und Stammler auch Klingmüller, KrVJSchr. **45** 527ff., bes. 532; Jung das. **46** 220ff.)

α) Die Antwort ist einfach, soweit das grundlose Haben nur eine tatsächliche Situation, insbesondere einen Besitz, darstellt, die von der Rechtsordnung aus irgend welchen Gründen bereits als solche anerkannt wird, aber natürlich dem wahren Rechte schließlich weichen muß. Soweit die Rechtsordnung den bloßen Besitzstand anerkennt, darf sie nach seiner materiellen Rechtfertigung nicht fragen. Die condictio possessionis wäre somit der einfachste, nächstliegende Fall.

β) Vielfach beruht der Rechtsübergang sine iusta causa auf dem sowohl dem Römischen Recht wie dem BGB. in zahllosen Anwendungsfällen (man denke etwa an Erlaß, Zession, Schuldversprechen, Übergabe, Auflassung) bekannten Gegensatz zwischen den zunächst formell gültigen abstrakten Akte und dem materiellen Rechtsgrunde, ein Gegensatz, zu dessen Ausgleich die Kondiktionen unerläßlich sind, s. Mot. S. 830. Aber die weitere Darstellung wird ergeben, wie sie durchaus nicht auf diesen allerdings besonders wichtigen Fall beschränkt bleiben; der Gesichtspunkt reicht höchstens aus für die auf Leistung beruhenden Fälle, nicht auch für die andern (s. oben b).

Zur vollen Erklärung kann somit dieser Gegensatz nicht dienen. Das gilt auch gegenüber Staffel, der sämtliche Bereicherungsansprüche mit Ausnahme der condictio ob iniustam causam auf den Gesichtspunkt des nichterreichten Zwecks (nicht auf die ermangelnde Voraussetzung) zurückgeführt wissen will. Denn von einem Zweck ist doch nur bei den Leistungsfällen (s. oben b) die Rede.

Aus dem gleichen Grunde würde es bestenfalls lückenhaft bleiben, wenn jemand nach Windscheids Vorgang („die Voraussetzung", 1850) den Gesichtspunkt des verfehlten Zweckes mit dem der mangelnden Voraussetzung vertauschen wollte.

γ) Andere Fälle scheinen darauf zurückzuführen, daß die Rechtsordnung zwar aus irgend welchen Gründen einer Person ein konkretes Wertobjekt zuerkennt, aber nicht den von ihm repräsentierten abstrakten Wertbetrag; so bei der Verbindung, Verarbeitung. Aber das ist nicht ein allgemein verwertbarer Leitgedanke; geht doch die Herausgabepflicht an erster Stelle auf das erlangte Stück selbst, nur subsidiär (s. § 818 Abs. 2) auf dessen Wert. Immerhin hat dieser Gedanke relative Berechtigung.

δ) Unzulänglich ist auch Plessens Erklärung: es komme darauf an, daß das Haben des einen nicht durch besondere relative Beziehungen zum andern gerechtfertigt sei, S. 50. Das würde den Bereich der Ansprüche unzulässig erweitern. So ist der Erwerb durch Ersitzung nicht durch eine solche Sonderbeziehung gestützt, ohne darum doch einer Kondiktion Raum zu gewähren.

ε) Stammler legt den Unterschied zwischen dem „richtigen" und dem bloß „technisch geformten" Recht zugrunde; jenes reagiere gegen die vom formellen Recht im Interesse der Sicherheit zunächst zugelassene Verschiebung. Dagegen s. Plessen S. 42ff. In der Tat zerstreut auch diese Formel nicht alle Bedenken. Daß z. B. der Erwerb des Spezifikanten nur auf dem „formellen", seine Bereicherungshaftung auf dem „richtigen" Recht beruht, will nicht einleuchten. Ferner: Das Gesetz läßt doch nicht die Kondiktion auf einem besonderen Gesichtspunkte des „richtigen Rechts" im Einzelfall beruhen, sondern dessen allgemeiner Gedanke ist höchstens der gesetzgeberische Grund für ihre

im Gesetz für gewisse Klassen von Fällen vorgesehene Zulassung. Soweit sie danach anerkannt, ist die Bereicherungshaftung selbst Bestandteil des positiven, „technischen" Rechts.

ζ) Hartmann geht aus von dem Grundsatz des Erlangthabens und Behaltendürfens. Das ist dogmatisch richtig, läßt aber die Frage offen, warum die doch souveräne Rechtsordnung jemanden zuerst etwas erlangen läßt, wenn er es doch nicht behalten soll?

η) Ob sich überhaupt ein einheitlicher Leitgedanke für alle verschiedenen Fälle finden lasse, erscheint angesichts der Unzulänglichkeit der bisherigen Erklärungen als problematisch; vielleicht muß man sich mit einer Vielheit kordinierter Gesichtspunkte begnügen. Nur hypothetisch sei folgender Versuch angedeutet: sind nicht alle Bereicherungsansprüche auf eine Kollision der für einen bestimmten Tatbestand maßgebenden rechtlichen Erwägungen zurückzuführen? Nämlich bei den auf Leistung beruhenden Fällen auf den Gegensatz zwischen dem rechtlichen Zweck des Aktes und den aus irgend welchen Gründen von der Rechtsordnung als selbständig anerkannten Mitteln (Hilfsgeschäften); bei den andern auf dem Gesichtspunkt oben γ: die Rechtsordnung wünscht jemandem einen konkreten Wertträger zuzuweisen, nicht auch den darin steckenden abstrakten Wert selbst.

2. **Voraussetzungen des Anspruches:**

a) **Man muß „etwas erlangt haben".** Unter diesen vom Gesetz geflissentlich gewählten farblosen Ausdruck fällt alles, was das Vermögen des Vergünstigten irgendwie zu vermehren geeignet ist, sei es **positiv**, durch Erlangung von Rechten — Eigentum, andere dingliche Rechte, Forderungsrechte — oder **negativ**, durch Befreiung von Schulden oder Ersparung einer Auslage, die ihm an sich obgelegen hätte: Kosten der Wohnung, Nahrung usw.

Daß auch die bloße **Anerkennung des Bestehens** (§ 781) **oder Nichtbestehens** (§ 397 Abs. 2) **eines Schuldverhältnisses** eine genügende Erlangung im Sinne des vorliegenden Titels darstellt, ist in § 812 Abs. 2 besonders ausgesprochen.

Aber auch sonst wird man ein „Erlangthaben" überall da annehmen, wo jemandem eine rechtlich bedeutsame Position zu Teil geworden ist, auch wenn sie kein eigentliches Recht darstellt, sodaß bei Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen zwar nicht das Recht selbst, aber doch jene „rechtliche Position" kondiziert werden kann. Dahin gehört namentlich;

α) Eine **unrichtige Eintragung im Grundbuche**, die ja nach BGB. dem Eingetragenen zwar kein Recht verschafft (§§ 891—2), aber doch erhebliche rechtliche Vorteile bringt. Übrigens gewährt das BGB. für solche Fälle einen besonderen Berichtigungsanspruch nach § 894.

β) **Die Erlangung des Besitzes.** Eine condictio possessionis war schon im Römischen Rechte anerkannt, s. Bruns, Besitzklagen S. 185ff., Bekker, Recht des Besitzes S. 286ff. Für das BGB. wird man sie vom Standpunkt aller derer ohne weiteres zulassen müssen, die den Besitz fortan als subjektives Recht anerkennen. Aber auch wer soweit nicht geht (s. Strohal in Iherings Jahrb. 38 65), wird darin doch immer ein sehr wichtiges, mit erheblichen Rechtswirkungen bekleidetes „ökonomisches Rechtsgut" (Mot. S. 830) sehen, das zweifellos unter den weiten Begriff des § 812 fällt. Der das besonders aussprechende Satz des Entw. I (s. auch § 825 das.) ist nur als selbstverständlich gestrichen worden.

Schwierig kann dabei höchstens die Abschätzung des Wertes oder Interesses (§§ 818—9) am entzogenen Besitz werden; aber diese Schwierigkeiten sind bei der freien Stellung des heutigen Richters (ZPO. § 287) nicht unüberwindlich und kaum größer als in manchem anderen Falle. S. Stieve in der zu § 818 zu erwähnenden Schrift S. 67, der mit Recht auf die Eigentumsvermutung aus § 1006 als für die Abschätzung des Besitzwertes verwendbar hinweist. Nur, wenn der Besitzer nachweislich nicht Eigentümer war, ist eine selbständige Schätzung des Besitzes notwendig, Stieve S. 70ff.

Die im Gemeinen Recht (dafür Ihering, dagegen Bruns, s. die Rechtsprechung in den Mot. S. 831 No. 1) streitige Frage nach der Zulässigkeit petitorischer Einreden gegenüber der Besitzkondiktion wird man für das BGB. mit den Motiven bejahen müssen: denn der durch ein vorhandenes Recht gedeckte Besitz ist höchstens formell, nicht aber materiell ungerecht erlangt, gerade die materielle Gerechtigkeit aber sollen die Kondiktionen schützen. Für den Gegner ist in solchem Falle, soweit er des Schutzes benötigt, durch die eigentlichen Besitzklagen der §§ 861 ff. gesorgt.

Zu beachten aber bleibt, daß es sich nach BGB. in allen Fällen, wo bloß der Besitz übergegangen ist, ausnahmslos nur um eine Kondiktion des Besitzes, nie der Sache selbst handelt; die entgegengesetzte römische Bestimmung bei der condictio furtiva war singulär („odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur“, § 14 J. 4,6) und gehört dem neuen Recht nicht mehr an.

Häufig wird die Besitzeskondiktion nach dem BGB. nicht auftreten. Denn hat jemand den Besitz ohne rechtfertigenden Grund erlangt, so dürften die Ansprüche aus §§ 861—2 und § 1007 in der Regel ausreichen und vorgezogen werden, zumal sie keine petitorische Einreden zulassen (Kipp-Windscheid S. 821—2). Ja, es sind Zweifel möglich, ob der Besitzbereicherungsanspruch nicht durch ihre Zuständigkeit überhaupt ausgeschlossen werde, da der Erwerber insoweit nur einen von vornherein mit der Herausgabepflicht belasteten Besitz erlangt hat, also eigentlich gar nicht bereichert ist.

Praktisch jedenfalls bleiben nur die Fälle übrig, wo der Besitz ohne rechtfertigenden Grund übergangen ist, aber nicht mittelst eines die Passivlegitimation gegenüber den Besitzklagen rechtfertigenden Umstandes, z. B. jemand hat gutgläubig die von mir versteckte Sache, die er für herrenlos hielt, oder meine durch Zufall auf sein Grundstück gelangte Sache an sich genommen.

γ) Verwandt ist der berühmte Fall des RG. 45 Nr. 43 S. 170ff., ZS. VI vom 28. XII. 1899 (unerlaubtes Photographieren der Leiche des Fürsten Bismarck). Was für den ungerechtfertigten Erwerb eines Rechtes oder Besitzes gilt, muß danach „entsprechende Anwendung finden auf die widerrechtliche tatsächliche Entziehung anderer Machtbefugnisse und Aneignung der entsprechenden Vorteile“, S. 174. Daraus wurde (mit Recht) ein Anspruch auf Herausgabe bezw. Vernichtung der durch das unberechtigte Photographieren erlangten Platten, Negative, Photographieen abgeleitet. Sie seien sine causa erworben auf Kosten der allgemeinen Rechtssphäre des Klägers, wennschon nicht gerade auf Kosten seines Vermögens.

b) Die Erlangung muß erfolgt sein **auf Kosten eines andern.** Dem Gewinn bei dem einen muß ein Verlust bei dem andern gegenüberstehen. Diese Wirkung tritt namentlich da klar zu Tage, wo ein Recht oder eine rechtserhebliche Position von dem einen Vermögen in das andere übergegangen ist. Aber nötig ist das nicht (so auch Plessen S. 35); es ist eine Bereicherung des A. auf Kosten des B., wenn dieser im Interesse des A. Handlungen vornimmt und sich dadurch des anderweiten Gebrauches der Arbeitskraft; wenn er ihm den Gebrauch seiner Sachen gestattet und sich dadurch deren Verwertung beraubt. Es genügt eben die nachteilige Beeinflussung einer fremden Vermögenssphäre. Dagegen ist A. nicht dadurch „auf Kosten“ des B. bereichert, daß dieser ihn in seinem Fremdenzimmer beherbergt, ihm in seinen Mußestunden einen Rat erteilt oder ein Gutachten anfertigt.

Der weite Ausdruck „auf Kosten“ bedeutet auch, daß es sich nicht notwendig um die Entziehung eines wirklichen, präsenten Vermögensbestandteiles im Sinne eines eigentlichen Rechtes handeln müsse, Prot. S. 684.

c) **Die Erlangung muß erfolgt sein entweder**

α) **durch die Leistung des andern,** s. die vortreffliche Aufzählung der verschiedenen Fälle bei Enneccerus § 351. — Dazu ist zu bemerken:

aa) Es ist keineswegs erforderlich, daß die Leistung körperlich gerade an den vollzogen sei, der dadurch ungerechtfertigt bereichert wird. Vielmehr kommt es darauf an, wessen Vermögen die Leistung günstig beeinflußt, wem sie unmittelbar zugute kommt. Daher ist durch die Leistung an den Gläubiger eines dritten nur dieser, nicht der empfangende Gläubiger bereichert; bei Aufgabeerklärung eines Rechts an einem fremden Grundstück gegenüber dem Grundbuchamt (§ 875) nur der Eigentümer. Wegen der Situation bei den Verträgen auf Leistung an dritte s. Hellwig, Verträge S. 136ff., 275ff. Erwarb aus ihnen der dritte kein eigenes Recht, so kann das Geleistete nicht von ihm, sondern nur vom Promissar kondiziert werden; im umgekehrten Fall ist freilich auch zur Tilgung seines Anspruches geleistet, und daher läßt Hellwig S. 275 ihn hier neben dem Promissar dem Anspruch unterworfen sein.

Bei der Anweisung richtet der Anspruch sich nur gegen den Anweisenden, nicht gegen den Empfänger, da im Rechtssinn der Anweisende nur jenem geleistet hat. Das gilt auch bei der Postanweisung, die die Post ohne erhaltene Valuta ausgezahlt hat, OLG. Dresden Rspr. VIII S. 87. Ebenso in Bestätigung dieses Erk. RG. ZS. VI, 12. I. 1904, Bd. 60 Nr. 6 S. 24ff.

Entsprechendes gilt, wenn nicht das Eigentum, sondern eine Forderung ohne rechtfertigenden Grund verlangt ist: die condictio liberationis ist gegen den dadurch jeweils

Begünstigten gerichtet, nicht notwendig gegen den Gläubiger. Hat der Angewiesene die Anweisung angenommen, um sich von einer irrig vorgestellten Schuld gegen den Anweisenden zu befreien, so kann er von diesem Herbeiführung seiner Befreiung verlangen, s. Hellwig S. 14.

ββ) Ebensowenig ist umgekehrt nötig, daß der Kläger körperlich geleistet habe: er hat den Bereicherungsanspruch, wenn ein dritter in einer Weise leistete, daß die Leistung im Rechtssinn dem Empfänger gegenüber als Leistung des Klägers, nicht des dritten, erscheint. So kondiziert der Anweisende vom Empfänger, wenn die Schuld, von der er sich ihm gegenüber befreien wollte (§ 788), nicht bestand. S. auch Bem. 1c zu § 814.

β) oder **in sonstiger Weise**. Dahin würde gehören:

αα) Erlangung auf Grund einer einseitigen Handlung des Bereicherten: er benutzt die fremde Sache; er nimmt sie in Besitz (s. oben αβ); er veräußert sie und macht dadurch den Empfänger zum Eigentümer, löst das fremde Inhaberpapier ein; s. über solche Fälle speziell § 816. Ferner bei der Spezifikation, §§ 950—1.

ββ) Erlangung durch Verfügung eines dritten: falsche Eintragung ins Grundbuch; Vollstreckung auf Grund eines unzulänglichen (z. B. gefälschten, falsch verstandenen, nur bedingten usw.) Vollstreckungstitels, s. RG. ZS. VII vom 27. XI. 1903, Bd. 56 Nr. 17 S. 71 ff.

γγ) Erlangung durch Naturgewalten, z. B. bei Verbindung und Vermischung, s. darüber besonders § 951, Zulaufen eines fremden Haustieres.

Dabei ist zu bemerken, daß die Rechtsordnung einen Rechtsübergang infolge rein tatsächlicher Vorgänge nur in begrenztem Umfange eintreten läßt; tut sie es aber, so wird damit in der Regel zugleich eine die endgültige Vermögensverschiebung rechtfertigende causa anerkannt sein, z. B. in den Fällen der Ersitzung, Verjährung, Präklusion, so auch Enneccerus S. 823. Um anzunehmen, daß die Rechtsordnung zwar zunächst den Rechtsübergang wolle, aber trotzdem keine iusta causa für vorliegend und daher die Kondiktion für statthaft erachte, bedarf es einer besonderen gesetzlichen Vorschrift (so in §§ 951, 977, s. auch 867, 894) oder sonstiger Anhaltspunkte, s. die wertvollen Bemerkungen in den Mot. S. 851—3, auch Schollmeyer S. 216, der eine Kondiktion gegen den gutgläubigen Besitzer wegen seines Fruchterwerbes aus § 955 mit Recht verwirft.

d) Wenn die Erlangung des einen auf Kosten des andern erfolgt sein muß, so folgt daraus die Notwendigkeit einer **unmittelbaren Beziehung** zwischen beiden im Sinne der Kondiktionen; der Identität des den Verlust des einen und den Gewinn des andern vermittelnden Umstandes. Ist die Bereicherung nur mittelbar, durch ein neues Geschäft des ursprünglichen Empfängers mit dem jetzt Bereicherten, entstanden, so kann dieser wenigstens im allgemeinen nicht belangt werden, z. B. A kauft beim Juwelier B einen Brillantschmuck und schenkt ihn der Schauspielerin C; zahlt A nicht den Preis, so kann B den Schmuck nicht von der C kondizieren. Indes macht § 822 von diesem Grundsatz eine wichtige Ausnahme, s. Bem. dazu.

Das hier Gesagte bestreiten teilweise Dernburg § 380, V und Crome § 321, II. Sie lassen eine Kondiktion, ähnlich dem landrechtlichen Verwendungsanspruch, dann begründet sein, wenn jemand in wirtschaftlichem Sinn für einen andern kontrahierte und dann diesem ohne besonderes Erwerbsgeschäft das Erlangte überließ, s. die Beispiele bei Dernburg Anm. 10. In der Theorie sind mir weitere Anhänger dieser Lehre nicht bekannt (die zu ähnlichen Ergebnissen führende Lehre von Müller-Erzbach über die „mittelbare Stellvertretung", 1905, beruht auf anderen Gesichtspunkten, s. Vorbem. vor § 164); aus der Praxis s. dagegen OLG. Karlsruhe, Rspr. 2 505 und OLG. Celle das. 4 53. Sie erscheint in der Tat keineswegs billigenswert.

α) Die Bereicherung ist gar nicht hervorgerufen durch das Geschäft zwischen den Parteien, sondern durch einen selbständig hinzutretenden Zuwendungsakt des Empfängers gegenüber dem dritten. Daß dabei Liberalität im Spiele ist, macht für den Geber nichts aus. Selbst in dem Fall, daß der Empfänger vom Geber sine iusta causa etwas erhielt, ist der unentgeltliche Drittempfänger nicht allgemein dem Bereicherungsanspruch ausgesetzt, sondern nur soweit infolge der Zuwendung an ihn der erste Empfänger nicht mehr haftet, § 822, nicht aber auch dann, wenn dieser nur tatsächlich zahlungsunfähig ist. Folgerecht kann eine Haftung des dritten keinenfalls in weiterem Maße begründet sein, wenn der Erwerb des ersten Empfängers auf einer gültigen causa

beruhte. Alsdann ist für eine Befreiung desselben von der Gegenleistung wegen der etwaigen weiteren Zuwendung des Erlangten an einen dritten von vornherein kein Raum. Aus entsprechenden Gründen ist auch § 816 Abs. 1 Satz 2 nicht beweiskräftig.

β) Darum ist der Erwerb auch nicht auf Kosten des Klägers erfolgt. Ob er stattgefunden hat oder nicht, ist für diesen absolut gleichgültig. Denn auch vom Erstempfänger hätte er das Gegebene nicht zurückfordern können, auch nicht, wenn dieser zur Vornahme der versprochenen Gegenleistung nicht imstande gewesen wäre. Selbst ein etwaiger Rücktritt nach § 326 hätte ihm die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit des Empfängers nicht abgenommen, ihm kein Aussonderungsrecht verliehen. Warum soll der Umstand, daß das Weggegebene einem dritten zugewendet ist, den Geber besser stellen, ihn der Gefahr seiner verfehlten Kreditgewährung entheben! Das hätte dogmatisch nicht den mindesten Grund und wäre zudem rechtspolitisch nicht erwünscht, sondern höchst beklagenswert.

γ) Somit kann der Kläger in unserem Fall nur auf den Weg der Anfechtung wegen Benachteiligung der Gläubiger verwiesen werden.

e) Endlich muß es für den Vermögensübergang **an einem Rechtsgrund fehlen**, einerlei, ob er niemals vorhanden war oder erst später weggefallen ist. Die Römer hatten bekanntlich für die einzelnen Fälle, die ein Fehlen der iusta causa begründeten, eine Reihe besonderer Kondiktionen aufgestellt (condictio indebiti, ob causam datorum, ob causam finitam; ob turpem causam, ob iniustam causam, furtiva), hinter denen die allgemeine, aber subsidiäre condictio sine causa stand. Dem folgten das SächsGB. §§ 1519ff. und der erste Entwurf. Dagegen gewährt der zweite und mit ihm das Gesetz in § 812 **einen allgemeinen Anspruch wegen aller Fälle einer ungerechtfertigten Bereicherung**. Daneben finden sich einzelne Sondervorschriften:

1. Für die condictio indebiti in den §§ 813—4.
2. Für die condictio ob causam datorum in § 815.
3. Für die condictio ob turpem causam in § 817.

Das BGB. hat im übrigen diese besonderen Kondiktionen zu einem einzigen allgemeinen Bereicherungsanspruch vereinigt. Indes ist der Grundsatz des Landrechts, wonach sich niemand mit dem Schaden eines andern bereichern darf (I, 13, §§ 262ff.), bei Vermeidung einer Klage aus „nützlicher Verwendung", in dieser Allgemeinheit, bei der das Erfordernis der Grundlosigkeit der Bereicherung zu kurz kommt, dem BGB. fremd; ebensowenig kennt es, wie schon oben Vorbem. vor § 677 Nr. 10 ausgeführt wurde, einen Verwendungsanspruch neben den Kondiktionen, s. auch oben d).

f) Die **Grundlosigkeit** des Erwerbes kann natürlich auch nach dem BGB. **verschiedene Anlässe** haben.

α) Es war von vornherein gar kein — nicht einmal ein nichtiger — Rechtsgrund für den Vermögenserwerb vorhanden (condictio sine causa im engeren Sinne). Dahin gehören besonders die Fälle oben e β, nach der Ansicht mancher soll auch die Leistung auf eine Nichtschuld dahin gehören, s. aber unten β.

β) Mit der Leistung war „nach dem Inhalt des Geschäftes" ein sie erst materiell rechtfertigender Erfolg bezweckt, und dieser ist nicht eingetreten, so besonders § 812 Abs. 1 Satz 2. Dahin gehören von den Römischen Arten die condictio indebiti und ein Teil der Fälle der condictio ob causam datorum. Anders wegen der condictio indebiti Collatz S. 13ff., Goldmann-Lilienthal S. 867, v. Mayr S. 445, nach denen sie auf Satz 1 beruht. Collatz meint: der Zweck, Freiheit von der Schuld, sei auch bei Zahlung auf ein indebitum erreicht, diese dazu nur nicht nötig gewesen. Aber der Leistungszweck ist doch nicht das Freisein, sondern das Freiwerden von der vorhandenen Schuld, und dieser Zweck tritt nicht ein, wenn die Schuld nicht bestand. Nach den Gegnern löst sich das Gebiet der condictio indebiti einfach in das der condictio sine causa auf; § 814 wäre unerklärlich.

Gleichgültig ist, ob der Zweck schon unmittelbar mit der Leistung eintreten sollte: ich zahle, um die Schuld zu tilgen, während sie nicht besteht, um ein Darlehen zu geben, während der Gegner nicht verpflichtungsfähig ist; oder ob der Zweck erst als in der Zukunft eintretend vorgestellt wurde und nun ausbleibt, z. B. Vorausbezahlung des Mietzinses, Ausstellung des Schuldscheines vor Auszahlung der Valuta.

γ) Der mit der Leistung bezweckte Erfolg war von der Rechtsordnung reprobiert, z. B. Leistung zwecks Begehung eines Verbrechens, s. § 817.

Gleichzustellen sind hier die Fälle, wo nicht der Zweck der Leistung rechtswidrig ist, sondern der den Geber zu ihr bewegende Bestimmungsgrund vom Gegner rechtswidrig hervorgebracht wurde: etwa durch Zwang oder Betrug.

δ) Der zur Zeit vorhandene Rechtsgrund ist später weggefallen (causa finita), so besonders § 812 Abs. 1 Satz 2, z. B. bei der Draufgabe im Fall von § 337, dem geschenkten Gegenstande nach Widerruf der Schenkung, der Eheschenkung nach Auflösung der Ehe (§ 1584), dem auf Grund eines anfechtbaren Kausalaktes Geleisteten nach vollzogener Anfechtung. Ferner: vertragsmäßige Leistungen nach Eintritt einer auflösenden Bedingung, nach Ausübung eines Rücktrittsrechtes (wobei aber zunächst die besonderen Regeln des § 346, s. auch § 327, zur Anwendung kommen). S. ferner den Fall der l. 2 D. 12,7 und dazu oben Bem. 3 zu § 255. Hierhin gehört auch wohl der Fall des Schuldscheins nach Tilgung der Schuld. Dagegen freilich Hedemann, Iherings Jahrb. 48 67—8, da er nicht den Träger eines selbständigen Rechts darstelle, s. aber Bem. 2 zu § 371.

ε) Es war außerhalb eines klagbaren Vertrages nur auf einen in der Zukunft erwarteten, als ungewiß angesehenen Erfolg — ein „künftiges Ereignis", so besonders Entw. I § 792 — hin als Zweck geleistet worden, und dieser Zweck ist nicht eingetreten (ähnlich, aber wieder anders als nach Lit. α) a. E.), z. B. die an die Braut geleistete Aussteuer, wenn die Ehe nicht zustandekommt; die Leistung an einen Nichtgläubiger in der Erwartung, daß der Gläubiger sie genehmigen und dadurch die Tilgung der Schuld herbeiführen werde, l. 14 D. 12,4. Leistung auf einen formell nichtigen Vertrag in der Erwartung, der Mangel werde, etwa durch Auflassung (§ 313) geheilt werden, s. Seuffert 57 Nr. 120 S. 219, RG. 53 Nr. 60 S. 237 Leistung auf eine aufschiebend bedingte Schuld, sofern die Bedingung nachher ausfällt, s. auch RG. 56 Nr. 79 S. 318 (Wechselausstellung zur Deckung für ein künftig zu schließendes Anschaffungsgeschäft, das nicht zustande kommt). Ähnlich auch bei der Schenkung unter einer Auflage, § 527.

ζ) Dagegen mangelt es nicht an einem Rechtsgrund, wenn aus einem klagbaren Vertrag der eine Teil nicht erfüllt. Dann steht dem Gegner zunächst einfach der Vertragsanspruch auf Leistung zu. Die gegenteilige Regelung der Römer bei den Innominatkontrakten ist dem heutigen Recht fremd. Allerdings kann die Nichtleistung des Gegners für den Leistenden vielfach auch nach unserem Recht ein Rücktrittsrecht auslösen, sei es auf Grund der Abrede, sei es auf Grund des Gesetzes (§§ 325–6), s. dazu oben γ); wird aus einem sonstigen Grunde der gegenseitige Vertrag aufgehoben (etwa bei Ausfall einer Bedingung oder im Fall von § 323), so steht der Anwendung der Sätze unseres Titels vollends nichts im Wege, soweit das Gesetz dafür nichts besonderes vorschreibt, so auch Prot. S. 717. Und war das Geschäft von vornherein nichtig, so können beide Parteien ihre Leistungen nach §§ 812 ff. zurückfordern, Bolze, ArchZivPrax. 76 233 ff.; die Regeln über die Erfüllung bei den gegenseitigen Verträgen oder beim Rücktritt sind darauf nicht anwendbar, RG. 49 Nr. 109 S. 424.

η) Fremd ist dem Gesetze auch die Kondiktion **wegen Wegfalls** einer in der Vergangenheit oder Zukunft liegenden **bloßen Voraussetzung** des Leistenden im Sinne Windscheids, wie sie allerdings im Entw. I teilweise noch anerkannt war, s. Windscheid, Die Voraussetzung, 1850 und ArchZivPrax. 78 161 ff.; gegen ihn Lenel das. 74 213 ff., 79 49 ff., auch Prot. S. 190–2. Daß das BGB. sie nicht zuläßt, geht unmittelbar aus dem Wortlaut von § 812 hervor; es wird erfordert das Nichteintreten des gerade nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes bezweckten Erfolges (ähnlich § 459). So auch OLG. Bamberg, Rechtspr. II S. 383 ff.

Gemeint ist natürlich der Gesamtinhalt des Aktes; wörtliche Angabe des Zweckes darin ist nicht unbedingt nötig.

ϑ) War die Leistung seinerzeit grundlos erfolgt, ist aber inzwischen die fehlende iusta causa eingetreten, so müßte nach dem Wortlaut des Abs. 1 Satz 1 trotzdem eine Rückforderung statthaft sein; z. B. ich übereigne X eine aus dem Nachlaß meines Erblassers stammende Sache im irrtümlichen Glauben, sie ihm verkauft zu haben, und es stellt sich nachträglich heraus, daß ich sie ihm auf Grund eines Vermächtnisses schuldete. Indes würde einem derartigen Vorgehen nicht nur nach dem alten Satze „dolo facit, qui petit, quod redditurus sit" eine exceptio doli entgegenstehen (so Aufl. 1, s. auch Mot. S. 835, Langheineken, Anspruch S. 299), sondern es erscheint nach dem oben unter Nr. 1b Gesagten der Anspruch alsdann, weil auf dem derzeitigen Haben ohne Rechtsgrund aufgebaut, von vornherein ausgeschlossen.

Eine condictio bleibt alsdann höchstens wegen der etwa sine causa gezogenen Nutzungen der Zwischenzeit.

3. **Inhalt:** Der Anspruch geht auf Herausgabe des Erlangten, also je nachdem Rückübereignung der Sache, Wiederherstellung des aufgegebenen Rechtes, Erlaß der begründeten Schuld, Mitwirkung zwecks Umschreibung im Grundbuch, Herausgabe des Besitzes usw. Über den Umfang der Erstattungspflicht s. besonders die §§ 817—8.

4. **Konkurrenz mit anderen Ansprüchen:** Ob die Bereicherungsansprüche auch neben, oder nur subsidiär, bei Fehlen von anderen auf Beseitigung der grundlosen Vermögensverschiebung gerichteten Ansprüchen Platz greifen, ist eine schwierige und zweifelhafte Frage. Für die Konkurrenz Goldmann-Lilienthal S. 856 Anm. 20, Jung S. 42ff., Plessen S. 58ff. (der sogar Konkurrenz mit dem gewöhnlichen obligatorischen Erfüllungsanspruch annimmt, S. 29), Schollmeyer S. 209 Anm. 2, Stammler S. 37. Dagegen läßt v. Mayr S. 356ff. die Bereicherungs- gegenüber den geschäftlichen Ansprüchen subsidiär sein. Ihm ist beizutreten. Besteht bereits infolge des Rechtsüberganges ein Anspruch auf Gegenleistung, Erstattung usw., so liegt keine weitere Bereicherung vor, als daß der Empfänger das noch nicht geleistet hat, was er leisten soll. Jede Nichterfüllung einer Pflicht müßte also als Bereicherung erscheinen — eine widersinnige Vorstellung! Plessens Einwurf: der Anspruch auf Leistung (Rückerstattung) sei nicht mit dem Leistungsobjekt identisch, schlägt nicht durch; durch ihn hatte der Berechtigte alles das, was ihm auch der Bereicherungsanspruch als solcher — um den es sich allein handelt — gewähren kann. Unmöglich kann man den befriedigten Bereicherungs- mit dem nicht befriedigten Leistungsanspruch vergleichen und daraus ein Plus für jenen folgern.

Nach Plessen würde die Lehre von der Subsidiarität der Bereicherungsansprüche die condictio possessionis ganz ausschließen. Mit Unrecht: sie verfolgt das besondere gegenüber dem Eigentum selbständige Besitzrecht, bietet also gegenüber dem Eigentumsanspruch selbst dann Beweisvorteile, wenn man petitorische Einreden dagegen für zulässig erachtet. Sie ist freilich gegenüber anderen Besitz-, nicht aber gegenüber den Eigentumsansprüchen subsidiär.

Ferner ist mit dem RG. 48 Nr. 33 S. 143 anzunehmen, daß der übrigens begründete Bereicherungsanspruch gegen den einen noch nicht durch die Zuständigkeit eines Ersatzanspruches gegen den anderen ausgeschlossen werde.

5. **Beweis:** Darüber herrscht im bisherigen Recht für einige Kondiktionsfälle lebhafter Streit, den auch das BGB. nicht unmittelbar entschieden hat, s. Windscheid §§ 426 Nr. 5, 429; Dernburg, Pand. II § 141—2 a. E., RG. 14 Nr. 55 S. 217ff.

Einverstanden ist man darüber, daß der Kläger einmal die Leistung, zum andern den mit ihr verfolgten Zweck beweisen müsse. Ferner wird er bei der condictio indebiti den Nichtbestand der Verbindlichkeit, die er mit der Leistung tilgen wollte, dartun müssen — denn er hat durch seine solvendi causa gemachte Leistung die Schuld als eine bestehende zunächst anerkannt, und muß dies Anerkenntnis durch Gegenbeweis entkräften —, nicht aber den Irrtum selbst, da dieser sich schon aus dem sonst zu führenden Beweise ergibt, Windscheid § 426 No. 26 und Wächter II S. 502, s. auch Bem. 2c zu § 814. Sonst dürfte es darauf ankommen, ob der Anspruch von Nichteintritt einer causa oder von Wegfall einer vorhandenen abhing. Im ersteren Fall muß der Beklagte den Eintritt der erweislich erwarteten causa als eine sein Anrecht auf das Erlangte erst rechtfertigende Tatsache beweisen; bis dahin war die zu diesem Zwecke gegebene Leistung kausalos und der Rückforderung ausgesetzt. So auch für die gemeinschaftliche condictio ob causam die Entsch. d. RG. aaO., Dernburg, Pand. § 142 No. 17, im wesentlichen Windscheid § 429 No. 2 (dieser indes anders, solange noch dahinsteht, ob die Entscheidung über den Eintritt der causa schon gefallen ist). Für das neue Recht sind freilich die Meisten der Ansicht, der Kläger habe den Nichteintritt des Erfolges zu beweisen. So Beckh, Beweislast, S. 74, Cosack § 168 Anm. 12, Crome § 319, II, Planck zu § 812 Anm. 1d, Leonhard, Beweislast S. 402—4 (mit weiteren Angaben), Goldmann-Lilienthal S. 870, v. Mayr S. 700ff., Wach, Beweislast (Dekanatsprogramm) S. 28. Wie hier im wesentlichen Dernburg § 377, III, Enneccerus § 353, II, Endemann § 198 bei Anm. 36, Leske S. 327.

Wenn die Gegner darauf hinweisen, daß der Nichteintritt des Erfolges den Grund der Klage bilde, so ist das petitio principii. Im Gegenteil: wer ausgesprochenermaßen nur wegen eines in der Zukunft liegenden Zweckes leistet, von dem kann man nicht sagen, daß er das Gegebene willentlich endgültig weggegeben habe; er hat es vielmehr nur, in der Hoffnung auf den Eintritt des Zweckes, zunächst für die Zwischenzeit dem Gegner überlassen. Steht fest, daß diese Zwischenzeit vorbei ist, so hat der

Beklagte das Erlangte fortan mit dem Willen des Klägers nur für den Fall, daß der Zweck erreicht ist. Klagegrund ist nur die Kausalosigkeit des nachweislich nur auf eine zukünftige, also dadurch nicht mit der Zahlung als bestehend anerkannte causa hin gemachten Leistungsaktes. Dieser hätte als der causa zunächst ermangelnd an sich schon von vornherein der Rückforderung Raum gewährt, und nur deshalb ist sie für die Zwischenzeit suspendiert, weil der Geber durch die Leistung seinen Willen an den Tag gelegt hat, dem Empfänger das Gegebene zeitweilig zu belassen. Von der nachweislich eingetretenen Entscheidung ab ist das Provisorium zu Ende; für die Rückforderung ist fortan solange freie Bahn, bis der Eintritt der causa als rechtsvernichtende Tatsache erwiesen wird.

6. Die Grundlosigkeit der Bereicherung kann nicht nur klage-, sondern auch **einredeweise** geltend gemacht werden, § 821 und Bem. dazu.

7. In zahlreichen Materien des BGB. ist auf die Sätze des vorliegenden Titels als anwendbar verwiesen; eine vollständige Aufzählung (so bei Achilles und Fischer-Henle No. 6) ist hier unnötig. S. auch ZPO. § 541 Abs. 2.

8. Einen **Vorbehalt für das Landesrecht** macht EG. Art. 104.

§ 812.

Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.

Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.

E. I 684[1], 737[1–3], 742, 45, 48, E. II 737, RB. 796. — Mot. S. 693, 829—32, 842—3, 46—7, 51—4, Prot. II S. 682—99.

Das hier zu Sagende ist schon in der Vorbemerkung vollständig enthalten, sodaß einfach auf sie verwiesen werden kann.

§ 813.

Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistete kann auch dann zurückgefordert werden, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde. Die Vorschrift des § 222 Abs. 2 bleibt unberührt.

Wird eine betagte Verbindlichkeit vorzeitig erfüllt, so ist die Rückforderung ausgeschlossen; die Erstattung von Zwischenzinsen kann nicht verlangt werden.

E. I 737[2]/8, E. II 738, RB. 797. — Mot. S. 832—5, Prot. II S. 693—6.

1. **Begriff der Nichtschuld**: Die Statthaftigkeit der condictio indebiti folgt grundsätzlich schon aus dem Prinzip des § 812, mag die getilgte Verbindlichkeit nie bestanden haben, oder später wieder weggefallen sein. § 813 enthält nur einige nähere Bestimmungen über den Begriff der Nichtschuld:

a) **Als Nichtschuld** im Sinne dieses Titels gilt **nach Abs. 1** auch ein Anspruch, der an sich vorhanden, aber mit einer peremtorischen Einrede behaftet ist. Dahin gehören u. a. die ädilizischen Einreden, die Einrede der beschränkten Haftung des Erben; nicht aber die in § 202 Abs. 2 aufgeführten und sonstigen **dilatorischen** Einreden. — Die Einrede der Verjährung würde an sich hierhin zählen, wenn sie nicht durch Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 222 Abs. 2 besonders ausgeschlossen wäre.

Zweifelhaft ist die Zulässigkeit des Rückforderungsanspruches, wenn auf eine anfechtbare und aufrechenbare Schuld hin geleistet ist.

α) Die Frage ist ersterenfalls zu bejahen. Zwar begründet die Anfechtbarkeit keine Einrede im technischen Sinn, aber nicht weil sie das Recht aus dem anfechtbaren Geschäft schwächer, sondern weil sie es stärker affiziert: für ein bloßes **Gegenrecht** ist neben der **Vernichtungsmöglichkeit des Rechtes** kein Raum. Und vor allem: nichts spricht dafür, daß die Erfüllung des anfechtbaren Geschäftes dieses ohne weiteres unanfechtbar mache. Folglich kann auch nach der Zahlung noch angefochten und die gezahlte Schuld dadurch mit rückwirkender Kraft in eine Nichtschuld verwandelt werden, sodaß fortan die condictio indebiti, und zwar nicht nur wegen § 813, offensteht. S. auch Langheineken Anspruch S. 317ff. und oben zu § 768 Bem. 4.

β) Viel zweifelhafter ist die Frage bei einer aufrechenbaren Schuld. S. dazu die ausführliche Erörterung Nr. 1 zu § 389, die mittelst argumentum a fortiori aus § 813 zu einer — als problematisch zugestandenen — **Bejahung** führte. Selbstverständlich ist die bejahende Antwort, wenn nach vollzogener Aufrechnung gezahlt ist.

b) Nach **Abs. 2** ist die bloß **betagte Schuld** nicht als Nichtschuld anzusehen; das auf sie Gezahlte kann nicht zurückgefordert werden, nicht einmal hinsichtlich des Zwischenzinses oder der Früchte der zu früh geleisteten Sache. Doch ist mit Dernburg § 114, VIII die Anwendbarkeit der Bestimmung auf **voll geschäftsfähige** Schuldner zu beschränken, argumentum § 107, während die Tilgung einer **fälligen** seitens eines Geschäftsbeschränkten nicht zur grundlosen Bereicherung und damit zur Bereicherungshaftung führt.

Auf aufschiebend **bedingte Schulden** ist das natürlich **nicht** zu erstrecken; sie sind vorläufig noch Nichtschulden, die Zahlung auf sie unterliegt also der Kondiktion, so auch l. 16 D. 12,6. Anders bei **notwendigen** Bedingungen, die als solche in Wahrheit Befristungen darstellen. Nach erfüllter Bedingung kann der Anspruch selbst dann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Leistung bereits vorher und zwar in Unkenntnis der Beschränkung vollzogen, die Kondiktion also zunächst begründet war.

c) Daß bei den klaglosen (naturalen) Verbindlichkeiten die Kondiktion ausgeschlossen sei, wurde bereits oben S. 5—6 entwickelt, s. auch § 814.

2. Es sei hier noch zur condictio indebiti bemerkt:

a) es muß etwas **geleistet** sein zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit, einerlei, ob der ursprüngliche Schuldgegenstand oder ein an Zahlungsstatt gegebenes anderes Objekt, s. l. 26 §§ 4—6 D. 12,6.

b) **Die Person des Leistenden** wird vom Gesetze nicht erwähnt; schon hieraus kann man folgern, daß bei Zahlung einer fremden Schuld — anders natürlich bei einer Zahlung durch einen direkten Vertreter des Schuldners — nicht der Schuldner, sondern der zahlende dritte die Rückforderung habe. So auch die weitaus vorherrschende und richtige Lehre des Gemeinen Rechts, s. Schloßmann in GrünhutsZ. 9 554ff., Oertmann, ArchZivPrax. 82 446ff. und dort zitierte, a. A. Jhering in seinen Jahrb. 2 87ff. Wie hier jetzt auch RG. 3S. I, 18. III. 1905, Bd. 60 Nr. 66 S. 287; der Umstand, daß der dritte mit Mitteln des Pseudoschuldners geleistet habe, könne daran nichts ändern.

c) Über den **Beweis** s. Vorbem. 5 und Bem. 1a zu § 814. Die römische translatio probationis, wonach der arglistig den Empfang leugnende und nachher dessen überführte Beklagte jetzt den Beweis des Bestehens der Schuld führen mußte, s. l. 25 pr. § 1 D. h. t., auch SächsGB. § 1533, ist dem BGB., wie schon dem Landrecht, fremd.

§ 814.

Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach.

E. I 737[4], E. II 739, RV. 798. — Mot. S. 833, Prot. II S. 694—5.

Annahme einer Nichtbeweisbarkeit der Einrede 2.
Beweislast wegen des Irrtums 1a.
Entschuldbarkeit des Irrtums 1b.
Erfüllung einer sittlichen Pflicht 4.
Kenntnis der Einreden 2.
Wissen des Zahlenden 1.
Zahlung an einen falschen Gläubiger 1d.
Zahlung eines dritten im Glauben, er sei Schuldner 1c.
Zahlung mit Vorbehalt 3.
Zahlung nach Zwangsvergleich 4.
Zweifel am Bestehen der Schuld 3.

1. Von einer Leistung zum **Zweck** der Erfüllung der Verbindlichkeit kann nicht ernstlich die Rede sein, wenn der Zahlende **weiß, daß er nicht Schuldner ist**. Darum verlangte schon das bisherige Recht einen **Irrtum** des Zahlenden über den Bestand der Schuld, und dem folgt das BGB. Es bestanden indes bisher mehrfache Zweifel, die auch in den neuen Bestimmungen nicht alle ausdrücklich entschieden sind, und zu denen weitere Fragen hinzutreten:

a) **wegen der Beweislast beim Irrtum**. Entgegen dem in der Vorbem. 5 Gesagten lehrten für das Gemeine Recht viele, so Dernburg, Pand. § 141 a. E. und die bei Windscheid § 426 No. 26 zitierten, daß der Kläger den irrtümlichen Glauben an das Bestehen der Schuld dartun müsse. Das dürfte für das BGB. unhaltbar sein, weil § 814 offenbar nicht den Irrtum als positive, sondern das Wissen des Zahlenden als negative Voraussetzung der Kondiktion aufgestellt hat; so auch Mot. S. 833 und die allgemeine Meinung, z. B. Dernburg § 375, III, 3, Crome § 318, II; RG. 60 Nr. 103 S. 421; s. auch Planck I S. 48 Nr. 3.

b) Ob es auf **die Entschuldbarkeit des Irrtums** ankomme? S. darüber Windscheid aaO. No. 14. Mit den modernen Gesetzgebungen (Landrecht, Code, SächsGB. § 1523) ist die Frage für das BGB. zu **verneinen**; § 814 erwähnt nur das Wissen des Leistenden, und das Wissenmüssen steht dem im Sinne des BGB. nach bekanntem Grundsatz nicht gleich, s. § 166 a. E. und Bem. dazu. Ebenso Dernburg aaO., überhaupt die allgemeine Meinung.

c) Zahlt jemand in dem irrigen Glauben, **er** sei Schuldner, während in Wahrheit **ein dritter** dies ist, so stand ihm nach Römischem Recht die Rückforderung zu, s. l. 65 § 9 h. t.: „indebitum est ... si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat“. s. auch ll. 19 § 1, 44 D. h. t., Oertmann, ArchZivPrax. 82 460ff., Dernburg, Pand. II § 141 Nr. 2. — Anders, wenn der Zahlende wußte, nicht Schuldner des Empfängers zu sein, sondern sich nur **dem Schuldner gegenüber** zur Leistung, etwa infolge Anweisung, irrtümlich verpflichtet erachtete; dann kann er nur gegen den Schuldner eine Kondiktion anstellen. Von diesem Fall dürfte l. 44 cit. reden, Oertmann S. 457.

Diese Regelung ist sinngemäß, entspricht auch dem Wortlaut des § 814, sodaß ihre künftige Geltung nicht in Zweifel gezogen werden kann. So auch Meisner Nr. 3, der die zum Teil widersprechende, nicht unbedenkliche Entsch. d. ROHG. bei Seuffert 33 Nr. 32 S. 46 mit Recht bemängelt. Wie hier OLG. Stettin Rspr. VIII S. 77.

d) Wird umgekehrt **an einen falschen Gläubiger** gezahlt, so ist im allgemeinen gleichfalls die Rückforderung begründet, l. 65 § 9 cit. Anders nur, wenn der Schuldner dadurch dem wahren Gläubiger gegenüber ausnahmsweise befreit wird, s. Bem. 3 zu § 362.

e) Wer auf einen ihm bewußt formungültigen Vertrag hin in der Hoffnung einer Heilung des Formmangels leistete, dessen Anspruch steht § 814 nicht entgegen. Er hat zwar nicht die condictio indebiti. aber, wenn die Heilung nicht zustande kommt, die condictio ob causam datorum (s. Vorbem. 2f ε). So auch OLG. Kiel Rspr. III S. 209, KG. das. IV S. 237.

2. a) War die Schuld vorhanden, aber mit **einer peremtorischen Einrede** (§ 813 Abs. 1) behaftet, so kommt es auf die Kenntnis oder Unkenntnis des Zahlenden von dieser Einrede an, s. l. 26 § 2 D. h. t. Liegen mehrere Einreden nebeneinander vor (z. B. Einrede der Kaufpreisminderung und der beschränkten Erbenhaftung), und man zahlt in Kenntnis der einen, so bleibt die Kondiktion wegen der anderen bestehen, es sei denn, daß man mit der Zahlung auch auf alle anderen etwa später auftauchenden Einreden erkennbar verzichten wollte. So auch RG. 21 Nr. 36 S. 199.

Zahlt man in der Meinung, die — an sich bekannte — Einrede **nicht beweisen** zu können, so soll das nach der eben zitierten Entsch. d. RG. S. 198 die Kondiktion nicht ausschließen, weil eine nicht beweisbare Einrede einer nicht vorhandenen praktisch gleich stehe. Dieser schon bisher nicht unbedenklichen Entscheidung ist die Rechtsprechung zum BGB. nicht gefolgt, s. RG. JS. VI vom 8. XII. 1904, Bd. 59 Nr. 97 S. 354.

b) Einer Rückforderung des in Kenntnis der Anfechtbarkeit Gezahlten steht § 814 nicht entgegen. Denn hier war ja auf eine zunächst vollwirksame Schuld geleistet. Doch kann möglicher-, wennschon nicht notwendigerweise in solcher Zahlung eine nach § 144 formlos und einseitig wirksame Bestätigung des anfechtbaren Geschäftes zu finden sein.

3. **Bloße Zweifel** am Bestehen der Schuld schließen die Rückforderung nicht aus, es müßte denn die Zahlung vergleichsweise erfolgt sein (s. § 779), l. un C. 4, 5, RG. 2 S. 199 cit. Dies auch nach dem BGB. — die Bedingung des § 814: „wenn er **gewußt hat**", ist hier eben nicht erfüllt. Ebenso RG. 59 S. 354 cit.

Daß auch ein **Vorbehalt** bei der Zahlung genüge (l. 2 pr. D. h. t.), ist allgemein anerkannt. S. über diesen wichtigen und neuerdings viel besprochenen Punkt oben Bem. 6 zu § 362.

4. Die Vorschriften des **Halbsatzes** 2 enthalten eine, vom rechtspolitischen und ethischen Standpunkt aus sehr beifallswerte, Neuerung. S. über derartige Leistungen § 534 und Bem. dazu. Es handelt sich aber hier nicht um derlei Schenkungen, sondern allgemein um Leistungen, die zur Tilgung einer vorgestellten Schuld erfolgt sind. S. über das Verhältnis besonders Siber, Rechtszwang S. 50ff., sowie oben Bem. 3 zu § 534 cit.

Man wird hierhin auch den Fall rechnen dürfen, daß der Gemeinschuldner seine Gläubiger über die im Zwangsvergleich oder freiwilligen Akkord hinaus festgesetzte Rate befriedigt, so Dernburg, Pand. II § 5 a. E., Meisner Nr. 4, Kuhlenbeck Nr. 1, Staudinger Nr. 1bε und die vortreffliche Erörterung von Jäger zu KO. § 193 Anm. 51 (mit Literaturangaben); auch OLG. Colmar Rspr. VIII S. 89. Anderer Meinung freilich die Mot. S. 833 und Planck zu § 813 Nr. 2b, in bedenklicher Verkennung der ethischen Aufgaben des Rechts. Es wäre traurig und würde dem „sozialen Ideal" schnurstracks zuwiderlaufen, wenn man die moralische Verbindlichkeit der Gemeinschuldner, ihre Gläubiger nach Kräften voll auszubezahlen, von Rechts wegen verleugnen wollte!

Dagegen erfordert keine sittliche Pflicht, ein von der Rechtsordnung wegen Formmangels für ungültig erklärtes Geschäft zu erfüllen, Prot. S. 696. Ebenso (in Bezug auf formlose Immobiliarveräußerungsverträge) OLG. Jena Rspr. VI S. 228, RG. ZS. VI vom 30. X. 1902, DJZ. **03** 32. Weitere Entscheidungen (im gleichen Sinne) s. bei Warneyer zu § 814 Nr. 1.

Ebensowenig ist eine Anstandspflicht anzunehmen zur Erfüllung verbotener Börsentermingeschäfte, RG. in Holdheims MSchr. **04** 297 und im SächsArch. **14** 57.

§ 815.

Die Rückforderung wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolges ist ausgeschlossen, wenn der Eintritt des Erfolges von Anfang an unmöglich war und der Leistende dies gewußt hat oder wenn der Leistende den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert hat.

E. I 743 N. 2, 3, E. II 740, RB. 799. — Mot. S. 844, Prot. II S. 699—702.

1. **Prinzip**: Über die condictio ob causam datorum ist im allgemeinen schon in der Vorbem. 2f gehandelt. Entsprechend wie die condictio indebiti bei Kenntnis der Nichtschuld, soll sie aus den im Text angegebenen Gründen wegfallen. Denn, „ist dem Geber die Unmöglichkeit der Erfüllung der Voraussetzung bekannt, so muß die Voraussetzung als nicht ernstlich oder wirklich gewollt betrachtet werden", Mot. S. 844.

Ob die Unmöglichkeit eine rechtliche oder bloß faktische ist, macht keinen Unterschied; dagegen darf es sich nicht um eine nach der Meinung des Leistenden bloß vorübergehende Unmöglichkeit handeln, z. B. der Empfänger war noch nicht verfügungsfähig; der dritte, für den der Erfolg hergestellt werden sollte, war noch nicht geboren. So auch Mot. aaO. Die Annahme des Leistenden wird hier dahin gehen, daß der vorausgesetzte Zweck sich eventuell nach Eintritt der Möglichkeit realisieren werde.

2. Die Schlußbestimmung entspricht dem Grundsatz des § 162 bei der Bedingung, s. Bem. dazu. Davon abgesehen steht es der Rückforderung nicht im Wege, wenn die Zweckerfüllung aus Zufällen in der Person des Leistenden unmöglich wurde; das folgt aus dem Text a contrario.

3. Daß die Voraussetzungen des § 815 erfüllt seien, muß **der Beklagte beweisen**; es handelt sich um besondere, das an sich vorhandene Rückforderungsrecht hindernde, Tatsachen. Ebenso Planck Nr. 1 Abs. 3; teilweise anders Güppers, DJZ. **05** 214.

§ 816.

Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt.

Wird an einen Nichtberechtigten eine Leistung bewirkt, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist der Nichtberechtigte dem Berechtigten zu Herausgabe des Geleisteten verpflichtet.

E. I 800, E. II 850, RV. 800. — Mot. III S. 350, Prot. III S. 87ff., V S. 711ff., VI S. 199ff.

Literatur: Freund, Der Eingriff in fremde Rechte, 1902; Rieß, Dissert. Breslau 1902.

1. **Prinzip:** Dem § 816 kommt nach dem BGB. eine große grundsätzliche und praktische Bedeutung zu; er dient zum materiellen Ausgleich für die angesichts der Rücksichtnahme des BGB. auf die Verkehrssicherheit und der Erleichterung des gutgläubigen Erwerbs bedrohten Interessen der Eigentümer und Gläubiger. Es wird hier dem durch derartige Vorgänge materiell zu Unrecht Begünstigten eine Bereicherungshaftung auferlegt. Ob das ein wahrer Anwendungsfall der ungerechtfertigten Bereicherung sei, ist freilich bestritten, so von Rieß, da es hier gar nicht an einem „rechtlichen Grunde" für den Erwerb fehle. Mit Unrecht: gegenüber dem wahren Berechtigten entbehrt die Vermögensverschiebung in den einschlägigen Fällen allerdings der causa, und wenn der Erwerb auch nicht formell aus seinem Vermögen gemacht ist, ist er doch materiell durch Mittel dieses Vermögens erkauft; wer einen Erwerb aus der Tasche eines anderen begleicht, hat ihn doch auf Kosten des anderen gemacht! — Der Fall gehört somit zur condictio sine causa im engeren Sinne (aber natürlich nicht zur condictio ob iniustam causam, wie Landé will).

Dabei sind folgende Fälle zu entscheiden (s. die reiche Kasuistik bei Enneccerus S. 829—30):

a) **Ein Nichtberechtigter** trifft eine dem Berechtigten gegenüber wirksame Verfügung, Abs. 1. So, wenn ein im Grundbuch zu Unrecht Eingetragener an den gutgläubigen dritten verfügt, ferner in den Fällen der nach §§ 932, 935, 936 Eigentum begründenden Übergabe des Nichtberechtigten an einen gutgläubigen Erwerber, sowie bei Verfügungen des durch Erbschein legitimierten Nichterben, § 2366. Ferner gehören dahin die Fälle des § 407 (Verfügungen nach der Zession) sowie des § 1244. Gleichgültig ist dabei wohl überall, ob die Wirksamkeit der Verfügung unmittelbar oder erst mittelbar — sei es durch hinzutretende Ersitzung (Freund S. 45) oder durch Genehmigung des bisher Berechtigten nach § 185 (Freund S. 43, 68, OLG. Stuttgart Rspr. II S. 353, anders freilich in diesem Punkte Rieß S. 23 und Olshausen bei Gruchot 48 437) — eintritt. Denn der rechtspolitische Grund der Vorschrift trifft auch bei solchen Fällen zu: der Geschäftsführungsanspruch führt (s. § 687 Abs 1) keineswegs notwendig zum Ziele; die Versagung des Bereicherungsanspruches würde somit den praktischen Erfolg haben, daß der Berechtigte das Verfügungsobjekt zurück- und der Erwerber dafür vom Verfügenden Ersatz fordert — eine viel umständlichere, sozial unerfreulichere Lösung des Konfliktes! Demgegenüber kann das Wort: „wirksam ist", das ja streng genommen bei derartigen Fällen eines bloßen Wirksamwerdens der Verfügung nicht paßt, um so weniger entscheiden, als nach § 184 Abs. 1 mit der Genehmigung rückwirkende Kraft verbunden ist.

Schwierig und zweifelhaft ist aber die Anwendbarkeit des § 816 auf den Fall, wenn durch den Gerichtsvollzieher fremde Sachen gepfändet und verkauft worden sind, s. darüber die besonderen Aufsätze von Oertmann, ArchZivPrax. 96 1ff. und M. Wolff, Festgabe für Hübler S. 63ff., ferner Schöninger SeuffBl. 70 685ff. Das RG. hatte bisher die Frage für das Gemeine Recht verneint, Bd. 13 Nr. 43 S. 182ff. — anders aber, wenn fremdes Geld gepfändet war, Bd. 43 Nr. 46 S. 178ff. —, für das Landrecht bejaht,

Bd. 40 Nr. 79 S. 288, und in der Literatur wogten die Ansichten für und wider hin und her. Für das neue Recht überwiegt entschieden die bejahende Ansicht: Dafür sämtliche Lehrbücher und Kommentare des BGB. und der ZPO. (ausgenommen nunmehr Seuffert Aufl. 9 zu § 771 Nr. 3c), s. Oertmann S. 13ff. Bejahend auch OLG. Stuttgart vom 22. III. 1901, Rspr. II S. 353, und OLG. Dresden vom 22. V. 1903, SächsArch. 14 228ff. Anders Freund S. 31ff. und Oertmann aaO. (unter Zurücknahme des im Kommentar Aufl. 1 Gesagten). Eine dritte Ansicht verficht neuestens Wolff, indem er den Pfanderlös nach § 1247 in das Eigentum des Drittberechtigten fallen läßt.

Gegen die Haftung des Pfändungsgläubigers läßt sich nicht geltend machen, daß auch an Sachen dritter durch die Pfändung ein privatrechtlich wirksames Pfandrecht entstanden sei (so Staub, JW. 88 201ff.; Demelius, Pfandrecht an beweglichen Sachen S. 39, 50); vielmehr wird diese Annahme für das geltende Recht durch ZPO. § 806ff. von vornherein widerlegt, s. Oertmann S. 18ff. Ebensowenig läßt sich mit Freund S. 33ff. sagen, es fehle hier an einer Verfügung des Gläubigers, s. dagegen Oertmann S. 24ff: Die Veräußerung des Pfändungsobjektes ist zwar nach der richtigen Anschauung keine Verfügung des, aber eine solche im Interesse des Gläubigers, sie wirkt zu seinen Gunsten im privatrechtlichen Sinne ebenso, wie wenn von ihm vorgenommen. Aber auch, wenn sie keine Verfügung wäre, würde das nur die Haftung aus § 816, nicht auch die aus § 812 ausschließen.

Andererseits spricht für die Haftung nicht die Entstehungsgeschichte (s. Oertmann S. 15ff.), ebensowenig der von Meisner zu § 816 und Kuhlenbeck das. Anm. 4 markierte Gesichtspunkt, daß es nach § 816 auf eine Bereicherung überhaupt nicht weiter ankomme, der Verfügende vielmehr unbedingt das durch die Verfügung Erlangte herausgeben müsse, s. dagegen Oertmann S. 38ff.: § 816 steht im Titel über „ungerechtfertigte Bereicherung"; der Umfang der darin aufgestellten Haftung bestimmt sich somit nach §§ 818ff.; es entfällt also nach § 818 Abs. 3 die Haftung, soweit der in Anspruch zu Nehmende nicht mehr bereichert ist, was doch natürlich zu einer schon anfänglichen Haftungsfreiheit des von vornherein nicht bereicherten führt.

Es kommt also nur darauf an, ob der Gläubiger als durch den Pfanderlös bereichert zu erachten sei. Er ist es nicht unter der Voraussetzung, daß er durch den Pfandverkauf zugleich seinen vollstreckbaren Anspruch gegen den Schuldner verloren hat. Das ist aber nach ZPO. §§ 815 Abs. 3, 819 anzunehmen, so streitig auch die Worte „gilt als Zahlung von Seiten des Schuldners" übrigens sein mögen, s. Oertmann S. 42ff. Wie nach Römischem Recht ist auch nach BGB. ein Erwerb, den jemand gutgläubig auf ein zu begründendes oder zu lösendes Kausalverhältnis hin erlangt hat, auf dieses selbst dann zu verwenden, wenn er aus fremden Mitteln erzielt ist, und erhält dadurch seine iusta causa. Das ergibt deutlich gerade BGB. § 816: Wer entgeltlich Gegenstände eines andern durch einen dritten in dinglich wirksamer Weise übertragen erhält, haftet dem andern nicht wegen ungerechtfertigter Bereicherung — das Gesetz läßt somit durch das Vorhandensein des Kausalverhältnisses zum Geber den Eintritt des Kondiktionsverhältnisses zum Drittberechtigten ausgeschlossen werden, nicht, was es an sich ebensogut hätte können, umgekehrt. Da aber auch in unserem Fall nach ZPO. §§ 815, 819 der Erwerb in das Kausalverhältnis einschlagen soll, muß folgerecht auch hier das Kondiktionsverhältnis weichen — wie nach § 816 nur der Geber, muß in unserem Fall nur der als Geber zu behandelnde Schuldner dem Dritteigentümer auf die Bereicherung haften, nicht der als Empfänger behandelte Gläubiger.

Ob Wolffs Behauptung zutreffe, kann hier nicht näher geprüft werden. M. E. darf § 1247 sinngemäß nur von dem Fall der hyperocha verstanden werden; daß der Erlös dem Gläubiger nicht gebühre, läßt sich doch in dem Falle nicht sagen, wo er wahrer Gläubiger war und die Empfangnahme des Erlöses nach § 819 cit. als Zahlung seitens des Schuldners gilt. § 819 ZPO. aber muß für die Verpfändungsfälle als lex specialis dem § 1247 im Falle des Widerspruchs vorgehen.

b) Es wird umgekehrt an einen Nichtberechtigten eine dem Berechtigten gegenüber wirksame Leistung vollzogen. So bei Leistungen an den Zedenten oder zweiten Zessionar durch den von der Zession in Unkenntnis gebliebenen Schuldner, §§ 407/8; bei Leistungen an den unberechtigten Inhaber des Inhaberpapieres, § 793, und Legitimationszeichens, § 808; bei Leistungen an den durch Erbschein Legitimierten, § 2367; Zahlungen an den Vermieter in Unkenntnis der Veräußerung des Mietgrundstücks, § 574.

2. **Die Haftung trifft** in den Fällen von Nr. 1a den unberechtigt Verfügenden, in denen von 1b den ohne Rechtsgrund Empfangenden. Auf guten oder schlechten Glauben kommt dabei für den Eintritt der Haftung nichts an, wohl aber ist die Frage wichtig wegen ihres Umfanges, §§ 818—9. Denn, wie schon zu Nr. 1a entwickelt wurde, stellt „das Erlangte" nur die oberste Grenze der Haftung dar, nicht deren Umfang für alle Fälle unumstößlich fest.

Damit hängt die Frage zusammen, ob der Beklagte den Preis oder die sonstigen für den Erwerb der Sache seinerzeit gemachten Gegenleistungen in Ansatz bringen dürfe? Dagegen Meisner, Kipp-Windscheid S. 820 Nr. 2, Kuhlenbeck Nr. 4. Man könnte (wie früher Windscheid) sagen, der Veräußerer der fremden Sache sei doch um ihren ganzen Erlös bereichert, denn er sei ja vorher der Vindikation ausgesetzt gewesen und habe auch ihr gegenüber kein Abzugsrecht gehabt. Dagegen Freund S. 58.

M. E. kommt es darauf an, ob man dem nach § 816 in Anspruch genommenen Veräußerer, wie nach der Eviktion, einen Ersatzanspruch gegen seinen eigenen Verkäufer zubilligt. Bejaht man diese Frage, was m. E. zutrifft, und auch Freund annimmt, so dürfte von einem Abzugsrecht der hier in Frage stehenden Art keine Rede sein können: er ist in der Tat durch den Verkauf um den vollen Preis bereichert, da er vorher nur die Regreßmöglichkeit, nachher Preis und Regreßmöglichkeit besaß.

Dagegen **haftet der vom Nichtberechtigten Empfangende** im allgemeinen **nicht** — er ist ja nicht grundlos bereichert, da für seinen Erwerb in der Beziehung zu dem Verfügenden ein Rechtsgrund vorhanden war. Nur in einem Fall wird ihm ausnahmsweise durch Satz 2 eine Haftung auferlegt: wenn die causa seines Erwerbes eine unentgeltliche war. Das ist eine innerlich begründete Benachteiligung des unentgeltlichen Erwerbes, die einen Ersatz dafür bietet, daß hinfort, im teilweisen Gegensatz zum bisherigen Recht, auch dem unentgeltlichen Erwerbe der gute Glaube zugute kommen soll.

3. Daß dem Kläger die aus dem gegenwärtigen oder früheren Besitz entspringenden Rechtsvermutungen der §§ 1006, 1065, 1227 auch für die Kondiktion aus § 816 zugute kommen, wird von Gierke (Fahrnisbesitz S. 39) mit Recht hervorgehoben.

§ 817.

War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden.

E. I 684[3], 743[1], 747, E. II 741, RV. 801. — Mot. S. 849—51, Prot. II S. 702.

Literatur: Neubecker, ArchBürgR. 22 69, 85 ff.; Erlanger, Dissert. Erlangen 1904; Philipp, Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern I S. 384 ff., 420 ff.

1. **Allgemeines**: § 817 behandelt gemeinsam die vom Römischen Recht gesonderten condictiones ob iniustam und turpem causam, über deren Unterschied bekanntlich bisher Unklarheit herrschte. Vielfach nahm man an, die condictio ob iniustam causam setze voraus, daß das Motiv der Leistung vom Gegner in rechtswidriger Weise hervorgebracht sei (Zwang, Betrug), während die Leistung zu einem erst in der Zukunft liegenden, unsittlichen Zweck der condictio ob turpem causam unterliege. Wie dem auch sei, jedenfalls trifft § 817 allgemein alle Leistungen, bei denen der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat. Über den Begriff „Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot" vgl. Weyl, Verschuldensbegriffe S. 342 ff.: er soll rein objektiv sein. Das mag im allgemeinen zutreffen — für unseren Fall wird man sinngemäß ohne Hineinziehung auch des subjektiven Momentes schwerlich auskommen. Dies schon wegen der

Gleichstellung des Verstoßes gegen die guten Sitten, der sich als rein objektiver kaum verstehen läßt, und wegen der Verweisung auf den Begriff in Satz 2, der sinngemäß nur ein subjektiv vorwurfsvolles Verhalten betrifft.

2. § 817 umfaßt näher folgende Fälle:

a) Man empfängt die Leistung im Interesse der demnächstigen Herbeiführung eines unsittlichen oder rechtswidrigen Zwecks (z. B.) um ein Verbrechen zu begehen, einen ungerechten Prozeß zu führen, mit dem Geber in unzüchtige Beziehungen zu treten — causa futura.

b) Die Empfangnahme der Leistung als solche verstößt bereits gegen die guten Sitten oder ein Verbot, z. B. ein Schuldner läßt sich für die lediglich Erfüllung seiner Verbindlichkeit (l. 9 D. 14,5), ein Beamter für eine pflichtmäßige Amtshandlung bezahlen; jemand läßt sich durch eine Geldleistung von der Führung eines ungerechten Prozesses, der Begehung eines Verbrechens abbringen. Auch die Annahme von Schweigegeld für die Nichtanzeige eines Verbrechens gehört möglicherweise dahin, RG. 58 Nr. 52 S. 205—7 (mit der zutreffenden Beifügung, daß alsdann möglicherweise, aber keineswegs notwendig, die Rückforderung nach Satz 2 ausgeschlossen sei). Doch kann die Annahme des Schweigegeldes rechtlich und moralisch einwandfrei sein; so, wenn damit der dem Empfänger vom Geber verursachte Schaden möglichst wieder eingebracht werden soll, OLG. Marienwerder bei Seuffert 58 Nr. 94 S. 179. (Anders, wenn der Empfänger selbst den Verdacht als unbegründet erachtet hatte.) S. auch OLG. Dresden bei Seuffert 59 Nr. 102 S. 182.

c) Man wird aber weiter auch die Fälle hierhin rechnen können, wenn jemand durch unsittliche Mittel (Betrug, Zwang, Wucher) einen anderen zu einer Leistung an ihn bestimmt; denn auch die Annahme einer durch derlei Mittel erlangten Leistung dürfte in der Regel wieder eine Unsittlichkeit enthalten.

3. Als Leistung im Sinne des § 817 gilt nicht nur eine reale Übertragung, sondern auch jede andere Leistung von Vermögenswert, insbesondere die Eingehung einer Verbindlichkeit, so besonders Satz 2.

4. Auch § 817 setzt voraus, wie alle Kondiktionen, daß eine **Vermögensverschiebung** zugunsten des Beklagten erfolgt ist. Das wird aber gerade in den Fällen eines rechtswidrigen oder unsittlichen Empfanges um deswillen vielfach nicht der Fall sein, weil rechtswidrige und unsittliche Geschäfte nach §§ 134, 138 in der Regel geradezu **nichtig** sind. Daraus ergibt sich eine vielverhandelte Schwierigkeit: wenn § 817 nur einen Bereicherungsanspruch gewährt, lehnt er die Nichtigkeit des darunter fallenden Erwerbsaktes ab, während § 138 diese vorschreibt. Folglich, könnte man sagen, liegt zwischen beiden ein Widerspruch vor, bei dem § 138 als der prinzipiellen Vorschrift der Vorzug zu geben sein möchte. So besonders Lotmar, Der unmoralische Vertrag S. 62—3, 171. Nach ihm handelt es sich bei den unter § 817 fallenden obligatorischen Akten nicht um Beseitigung eines an sich vorhandenen Rechtsgeschäftes, sondern vielmehr um eine bloße Feststellung seiner Nichtigkeit. Die Kondiktion soll bei in dieser Art eingegangenen Verbindlichkeiten nur auf Rückgabe der Schuldurkunden gehen. Ähnlich Dernburg § 90, III, 5, § 317; Klingmüller, Schuldversprechen S. 137; Neubecker aaO.; früher Matthiaß Aufl. 1 S. 626 (anders Aufl. 3 S. 703). Sie lassen bei obligatorischen Akten den Anspruch nur auf Feststellung der Ungültigkeit und Rückforderung der Verpflichtungsscheine gegeben sein; bei dinglichen sei der Anspruch aus § 817 erst gegeben, wenn das Erhaltene verbraucht, also für einen Eigentumsanspruch kein Raum mehr ist. Einverstanden im ersten, aber nicht im zweiten Punkte Crome § 322: bei sachenrechtlichen Akten keine Nichtigkeit wegen verwerflicher causa, weil sie notwendig, ihrem Begriff nach, von der causa unabhängig seien, während bei den obligatorischen ihre Unabhängigkeit nur auf dem, hier ja mangelhaften, Parteiwillen beruhe.

Diese ganze Lehre muß in ihren sämtlichen Spielarten abgelehnt werden. Sie wird von der überwiegenden Mehrheit der Autoren bestritten. So Collatz, Jherings Jahrb. 40 141; Cosack § 167, bei Anm. 21 (nicht ganz sicher, s. auch § 168 III—IV); Enneccerus § 98, III, § 355, 1; Erlanger aaO.; Förster, Recht 05 356—7; (jetzt auch) Matthiaß aaO.; Oertmann, ÖstGerZ. 1897 Sonderabdruck S. 13; Planck Nr. 1, 2; Philipp aaO. S. 420; v. Tuhr in der vor § 780 zitierten Abhandlung. Aus der Praxis OLG. Kiel, Rspr. IX S. 17; OLG. Dresden, SächsArch. 15 105. Auch das Erk. des RG. ZS. VII vom 19. II. 1904, Bd. 57 Nr. 22 S. 95ff., steht dieser Auffassung grundsätzlich nahe; nur mit dem Hilfsmittel einer event. zu unterstellenden Bedingung will es die „rechtsbegrifflich" nicht vorhandene Abhängigkeit des

dinglichen vom obligatorischen Akt stattfinden lassen. Weitere Zitate bei Philipp aaO. Im Sinne der Gegner neuestens OLG. Dresden „Recht" 1906 S. 47 Nr. 7.

Die Lehre der Gegner widerspricht dem Texte des Paragraphen, der nach Lotmars Auffassung überhaupt keine Existenzberechtigung hätte und das Mißverständnis geradezu herausforderte. Die „Rückforderung der Leistung" ist in Satz 2 offenbar als Liberationskondiktion der eingegangenen Verbindlichkeit selbst zu verstehen.

Die Lösung des angeblichen Widerspruchs liegt in zwei Punkten: einmal in der Selbständigkeit des abstrakten Verfügungsaktes gegenüber dem ihm zugrunde liegenden Kausalgeschäfte: dadurch, daß dieses, etwa wegen Unsittlichkeit, nichtig ist, folgt in der Regel — Ausnahmen zugegeben — noch nichts für eine vollkommene Ungültigkeit des abstrakten Hilfs- oder Ausführungsgeschäftes, soweit dieses nicht als solches, nach seiner eigenen inhaltlichen Eigenart, an dem Mangel des Kausalaktes Anteil hat, s. oben Bem. 2b zu § 781. Das entspricht dem Römischen Recht (l. 8 D. 12,5, Oertmann aaO.), und der Rechtsprechung, so die Entsch. d. RG. 8 S. 97 für den Fall eines vom Bewucherten ausgestellten Wechsels. Das wucherische Darlehen und das daraus gegebene Wechsel- oder Schuldversprechen sind eben wesentlich verschieden, ja man muß sagen, daß dieses als solches — als einseitiger, abstrakter Akt — gar keinen wucherischen, d. h. auf dem Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung beruhenden, Charakter haben kann. Anders, wenn im Schuldversprechen selbst auf einen erkennbar unsittlichen oder rechtswidrigen Vorgang als seine causa hingewiesen wird. Es kommt aber noch ein zweiter Gesichtspunkt hinzu, der sogar einer unterschiedslosen Nichtigkeit des Kausalgeschäftes wegen Unsittlichkeit der einen oder andern Partei entgegensteht: man muß scheiden zwischen Geschäften, die selbst unsittlich oder rechtswidrig sind, z. B. eine stipulatio flagitii faciendi causa, l. 123 D. 45,1 — sie sind **nichtig**, und solchen, bei deren Abschluß nur der eine oder andere Teil oder auch beide subjektiv unsittlich oder rechtswidrig handeln, ohne daß das im Geschäft als dessen Bestandteil zum Ausdruck kommt und ihm so auch einen objektiv-unsittlichen Charakter aufzwingt — ihretwegen greift nur § 817 durch. Übrigens betont gerade Lotmar an anderen Stellen, daß die objektive Unmoralität des Rechtsaktes von den subjektiven der Beteiligten durchaus zu scheiden sei. Und Crome gibt zu, daß das aus ungültiger causa ausgestellte abstrakte Wertpapier in der Hand des dritten Kraft gewinne. Aber ist, nach seiner Lehre, der Ausstellungsakt deshalb ungültig, so handelt es sich um eine, „die Gültigkeit der Ausstellung betreffende", also nach § 796 auch dem dritten gegenüber wirksame Einwendung. Crome gibt mit der einen Hand, um mit der andern zu nehmen. Denn praktisch ist die Nichtigkeit, die vor dem gutgläubigen Erwerb eines dritten zerrinnt, von der Kondizierbarkeit nur noch wenig verschieden.

Auch wenn man das hier Gesagte nicht billigt, müßte man doch noch immer mit Erlanger dem § 817 als der lex specialis für sein engeres Gebiet vor dem etwa widersprechenden § 818 als der lex generalis den Vorzug geben; keineswegs verdiente umgekehrt die „prinzipiellere" Norm alsdann den Vorrang.

5. Die Rückforderung steht **dem Geber** zu, wie nach Code Art. 1131 ff. und SächsBG. §§ 1540 ff., nicht wie nach Landrecht dem Fiskus (I, 16, §§ 205—6, 209).

Von der Statthaftigkeit des Anspruchs macht jedoch Satz 2 eine Ausnahme: trifft auch den Geber „gleichfalls ein solcher Verstoß", so kann er die real gegebene Leistung nicht zurückfordern, während er ein erteiltes bloßes Versprechen nicht zu erfüllen braucht und sogar kondizieren kann. Dies alles entsprechend dem bekannten gemeinrechtlichen Satze, daß in pari turpitudine melior esse debet causa possidentis — ein Satz, für den die Zulassung der Liberationskondiktion in Wahrheit eher eine Bestätigung, als eine Ausnahme bildet. So z. B. bei Leistungen zwecks Anreizung zu einem Verbrechen, zur Rechtsbeugung (l. 3 D. 12,5), beim Hurenlohn (l. 4 das.) usw. Anders, wenn z. B. mein Vertreter meine Sache zu einem solchen Zwecke gegeben hat — dann fehlt die Unsittlichkeit auf meiner Seite; die des dazu nicht bevollmächtigten Vertreters kann nicht genügen, s. ll. 4 § 4, 5 D. h. t. 12,5.

6. Satz 2 gibt gleichfalls zu verschiedenen schwierigen Fragen Anlaß:

a) Zunächst ist zur Vermeidung bedenklicher Ergebnisse streng daran festzuhalten, daß dem Geber nur dann die Kondiktion verschlossen sei, wenn ihm gerade bei der Leistung und wegen ihrer der im Text genannte Vorwurf zur Last fällt. Der bloße Umstand, daß das Kausalgeschäft, auf das hin die Leistung erfolgt ist, den Stempel der Unsittlichkeit trägt, reicht dazu umsoweniger hin, als die objektive Unsittlichkeit des Geschäftsinhaltes keineswegs notwendig mit der subjektiven Unsittlichkeit, auf die Satz 2

zweifellos abstellt und die allein seine Anwendbarkeit innerlich rechtfertigen kann, zusammenfällt. Aber auch davon abgesehen, leistet doch der Geber, der ein unsittliches Geschäft erfüllt, an sich nur zur Befreiung von einer übernommenen — wennschon wegen ihres Inhaltes ungültigen — Verbindlichkeit und keineswegs ohne weiteres zu einem unsittlichen Zweck. Darum ist die berühmte Frage nach der Kondiktion des Bordellkäufers oder -verkäufers keinenfalls mit einem glatten „Nein" zu beantworten. Für die Kondiktion auch OLG. Kiel Rspr. IX S. 16, Philipp aaO. S. 423 und dort zitierte, dagegen Förster, Recht 05 356ff.

M. E. ist die Frage einer allgemeinen Entscheidung nicht fähig. Es kommt darauf an, ob die Leistung der einen oder andern Partei beim Bordellverkauf den Vorwurf eines subjektiven Verstoßes gegen die guten Sitten verdient. Der Fall wird dann regelmäßig so liegen und alsdann unter § 817 Satz 2 gehören, wenn die Leistung nicht sowohl oder doch nicht allein den Zweck hat, die eigene (ungültige) Verbindlichkeit zu erfüllen, sondern auch den Gegner zur Erfüllung der seinerseits übernommenen unsittlichen Verpflichtung anzuhalten. Von diesem Standpunkt aus war es zutreffend, wenn das OLG. Hamburg vom 10. XII. 1900, Rspr. II S. 219, die Rückforderung eines Geldbetrages zurückwies, der gegeben war, um den Empfänger zur mietweisen Überlassung eines Grundstücks an den Geber zum Bordellbetrieb zu bewegen. Ebenso hier Philipp S. 423. Dagegen dürfte einer Kondiktion des Bordellverkäufers auf Rückauflassung des dem Bordellbetrieb dienenden Grundstücks in der Regel stattzugeben sein, da der mit der Auflassung bezweckte Erfolg: Empfang der in Geld bestehenden Gegenleistung, nicht unsittlich erscheint. (Natürlich entfällt der Anspruch, wenn dieser Zweck durch Empfang der Gegenleistung erreicht ist.) War die Leistung des einen oder anderen Teiles dagegen nicht um der zu erlangenden Gegenleistung willen erfolgt, sondern zur Tilgung der eigenen Schuld, so ist die Rückforderung jedenfalls nicht nach § 817 Satz 2 ausgeschlossen — wohl aber möglicherweise nach § 814, wenn der Leistende gewußt hat, daß die Schuld, auf die hin er geleistet hat, nicht rechtsverbindlich war. Es ist auffällig, daß dieser letztgenannte Gesichtspunkt in unserer Frage fast nirgends beachtet wird. Und doch scheint es unbestreitbar: man kann die Kondiktionen beim Bordellverkauf (und ebenso diejenige des Wucherers, s. unten) gegenüber der Anzweiflung wegen § 817 Satz 2 nur dadurch allgemein sichern, daß man der zu kondizierenden Leistung die ausschließliche Zweckbeziehung auf eine damit zu tilgende eigene Schuld des Leistenden, dem Anspruch also den Charakter einer reinen condictio indebiti, zuspricht. Aber dann dürfte die Anwendbarkeit des § 814 unvermeidlich werden.

Noch häufiger verhandelt ist die nicht durchweg analoge Frage, ob der Wucherer die gegebene Valuta zurückfordern könne; dagegen Neubecker, DJZ. 02 568, Cohn bei Gruchot 41 793 (der aber in DJZ. 04 855 nunmehr umgekehrt entscheidet), Dernburg I § 127 Anm. 18, Kohler in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie S. 645. Für die Rückforderung besonders Eccius, DJZ. 03 41ff., Goldmann-Lilienthal S. 873 Anm. 7, Philipp aaO. Die Entscheidung muß auch hier verschieden ausfallen. Wenn zunächst Goldmann meint, § 817 Satz 2 sei nur als Ausnahme von Satz 1 aufzufassen, setze also wie dieser zunächst turpitudo des Empfängers als unerläßliche Grundlage voraus, so kann ich dieser recht formalistischen Beweisführung nicht folgen. Vielmehr ist aus Abs. 2 ein argumentum a fortiori zu gewinnen (s. auch unten c): kann der zu unsittlichen Zwecken Leistende nicht einmal dann kondizieren, wenn auch den Gegner ein entsprechender Vorwurf trifft, so muß er es noch viel weniger gegenüber einem seinerseits einwandfreien Gegner können, wie es der Bewucherte meist ist, so auch schon l. 4 § 3 D. 12,5. Man wird vielmehr unterscheiden: leistet der Wucherer contrahendi causa, um dadurch das wucherische Darlehen erst zustande zu bringen, so verfolgt seine Leistung den Zweck eines objektiv unsittlichen Geschäftsschlusses und wird alsdann zwar normalerweise, aber nicht notwendig auch den hier entscheidenden subjektiv unsittlichen Charakter aufweisen (s. für diesen Fall aber auch unten b und c). Leistet der Wucherer aber solvendi causa, zur Erfüllung eines vorausgegangenen wucherischen Darlehnsversprechens, so ist der Zweck der Leistung nur Erfüllung einer — rechtlich freilich nicht anerkannten — Schuld, also an sich nichts Unsittliches. Seiner Rückforderung steht hier also nicht § 817 Abs. 2 entgegen, wohl aber möglicherweise wieder § 814, wenn er nämlich in Kenntnis der Nichtigkeit des wucherischen Darlehnsversprechens geleistet hat.

b) Auch, wenn die Kondiktion wegen § 817 Satz 2 nicht Platz greift, kommt noch der folgende, bereits von der interessanten Entsch. des OLG.

Dresden vom 2. X. 1902, Seuffert 59 Nr. 81 S. 145 mit Recht verwertete Gesichtspunkt in Betracht: § 817 Abs. 2 schließt nur die Rückforderung der Leistung aus. Besteht aber die Leistung nur in einer Gebrauchsüberlassung, nicht in der endgültigen Überlassung des Geleisteten, so kann auch nur die Zurückerstattung dieses begrenzten, zu unsittlichen Zwecken zugewendeten Vorteils wegen Abs. 2 nicht verlangt werden. Das ist besonders beim Darlehen anzunehmen. Allerdings sollten hier die gegebenen Stücke ins Eigentum des Empfängers fallen, aber wirtschaftlich ging das Geschäft doch nur auf begrenzte, entgeltliche Gebrauchsüberlassung. Nur ihre Rückforderung untersagt Abs. 2, d. h.: soweit er Platz greift, muß der Leistende die gewährte Valuta die Vertragszeit hindurch zinslos beim Empfänger belassen. Anders freilich OLG. Braunschweig bei Seuffert 54 Nr. 213 S. 394.

c) Mit dem zu a) Gesagten ist die weitere Frage, ob der Ausschluß des Bereicherungsanspruches aus § 817 Satz 2 auf den Sonderfall des § 817 Satz 1 (condictio ob turpem causam) beschränkt, oder auch auf alle anderen Kondiktionsfälle auszudehnen sei, bereits bejahend entschieden. So auch Cosack § 167, Nr. III 3 a. E., Planck Nr. 2 Abs. 2, anders Goldmann-Lilienthal und Eccius aaO., Crome § 322 Anm. 10. Ihnen wird man zugeben, daß, soweit der Zuwendungsakt selbst nach § 138 nichtig und daher das Eigentum auf den Erwerber nicht übergegangen ist, dem Eigentumsanspruch des Gebers, weil durch § 817 Satz 2 natürlich nicht betroffen (anders freilich Förster aaO. S. 356 — aber wenn die Erfüllung des unsittlichen Vertrages, wie er behauptet, selbst unsittlich ist, muß sie auch insoweit nach § 138 nichtig sein), von vornherein nichts im Wege steht. Dagegen empfiehlt die Erstreckung des Satzes auf alle Bereicherungsansprüche sich wegen zweifelloser Gleichheit des Grundes.

§ 818.

Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen sowie auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt.

Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außer stande, so hat er den Wert zu ersetzen.

Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatze des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist.

Von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an haftet der Empfänger nach den allgemeinen Vorschriften.

E. I 739—40, 44, E. II 742, RV. 802. — Mot. S. 836—40, 845—46, Prot. II S. 702—7, 8—10.

Literatur: Stieve, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs, 1899.

1. **Allgemeines**: die §§ 818—19 handeln vom Umfang des Erstattungsanspruchs. Mit dem GemR. und SächsGB. §§ 1527—28 unterscheidet das BGB. die Fälle eines gut- und eines schlechtgläubigen Empfanges und beschränkt den Umfang der kondiktizischen Haftung im allgemeinen auf den Betrag der Bereicherung, § 818, steigert sie aber bei subjektiver Unredlichkeit des Pflichtigen bis zum vollen Interessenersatz, § 819.

2. Nach dem **milderen Haftungsprinzip** des § 818 ist

a) **Zunächst das ohne Rechtsgrund Erlangte selbst herauszugeben**, einschließlich der etwa miterlangten Nebensachen und -rechte. Die rechtliche Art des dazu erforderlichen Vorganges ist verschieden nach der des erlangten Vorteils, s. auch Vorbem. 3. War das Erlangte nur teilweise grundlos empfangen, so ist es auch nur teilweise zurückzugeben. Wohin das im Fall der Hingabe an Zahlungsstatt für eine nur teilweise bestehende Schuld führt, darüber s. Stieve S. 52ff.

b) Hinzuzufügen sind die vom Kondiktionsgegner gezogenen und noch vorhandenen **Nutzungen** (§ 100), Abs. 1; also Früchte, Zinsen, Akzessionen usw. S. über die Abgrenzung der zu erstattenden Nutzungen auch Bem. 3 zu § 446 und 3 zu § 604.

Dies alles nach dem Muster des GemR.; der römische Satz, daß bei der condictio keine Zinsen zu zahlen seien, ist, als auf der besonderen römischen Prozeßorganisation beruhend, längst beseitigt, RG. 9 Nr. 42.

c) **Daneben oder anstatt** dessen ist nach Satz 2 auch herauszugeben:

α) **was auf Grund eines erlangten Rechtes erworben ist.** Da die Nutzungen bereits unter b fallen, kommen sie hier nicht mehr in Frage; gedacht ist etwa an solche Fälle, wie die Einziehung einer ohne Rechtsgrund erlangten Forderung (s. Enneccerus § 356), die Schatzhälfte des Eigentümers, der Preis, den das erlangte Tier auf einer Ausstellung erhält. Nach Aufl. 1 sollte auch das durch Kauf, Tausch, Vergleich oder anderen Vertrag an Stelle des ursprünglich Erlangten Getretene, ferner das mit dem grundlos erlangten Geld Angeschaffte dahin gehören: „Pretium succedit in locum rei et res in locum pretii." Dagegen aber alle andern, so Crome § 323 Anm. 37, Cosack § 168, Dernburg § 381 Nr. III, 2, Enneccerus § 356 aO. (anders Aufl. 1), Matthiaß S. 706, Planck Nr. 2b, Stieve S. 81 ff., im Ausgangspunkt auch Beyer, Surrogation S. 111, 210 (der zwar für den Fall des Erbschaftsbesitzers, aber nicht allgemein im Ergebnis wegen § 816 zu einem meiner früheren Ansicht entsprechenden Ergebnis kommt). Ebenso RG. 56 Nr. 94 S. 386 ff. Auch ich nehme meine frühere Ansicht zurück: Das vertragsmäßige Äquivalent ist nicht auf Grund des Erlangten, sondern auf Grund eines besonderen Erwerbsgeschäftes gemacht, es ist lucrum ex negotiatione, nicht ex re. Daß der rechtsgeschäftliche Erwerb im Sinne des BGB. neben dem hier genannten eine besondere Klasse bildet, ergibt auch die ausnahmsweise Gleichstellung in § 1370. Es bleibt also nach Veräußerung des Erlangten an sich nur die Haftung auf den Wert, Abs. 2 (unten d). Das ändert sich auch nicht nach § 816, der nur von der Verfügung eines Nichtberechtigten handelt, während hier die eines dinglich berechtigten, nur persönlich Erstattungspflichtigen in Frage steht.

β) das **Surrogatgut** im engeren Sinne (s. über den Begriff Waller, Surrogation 1904, S. 39): was als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des Erlangten erworben ist: also die dem Bereicherten durch einen dritten geleisteten Schadensersatz- und Versicherungsgelder; aber auch die noch nicht realisierten Ansprüche dieser Art, einerlei ob vertraglicher oder außervertraglicher Natur, gehören hierher. S. auch den ähnlichen § 281 und Bem. dazu.

d) Eventuell ist an Stelle des eigentlichen Kondiktionsgegenstandes oder auch seiner Nutzungen und Surrogate **der Wert** zu ersetzen (d. h. bis zum Betrage der Bereicherung, s. Nr. 3). Dies in folgenden Fällen:

α) Wenn die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich ist, mag sie überhaupt nach der Eigenart der Leistung nie möglich gewesen (z. B. ohne Rechtsgrund geleistete Dienste — s. den Fall des OLG. Stettin Rspr. VIII S. 78: ein Stallgebäude ist auf Grund einer irrig unterstellten Verpflichtung errichtet worden — oder Zahlungen fremder Schulden), oder nur später unmöglich geworden sein (z. B. die empfangenen Geldstücke oder sonstigen verbrauchbaren Sachen sind verbraucht). So stets in den Kondiktionsfällen der §§ 946—50.

β) Wenn der Empfänger, bei verbleibender objektiver Möglichkeit, subjektiv zur Herausgabe außerstande ist. Dahin gehört der Fall der weiteren Veräußerung des verlangten Gegenstandes, aber wohl nur, wenn der Pflichtige zur Wiederverschaffung endgültig außerstande ist — denn nur dann ist sein Unvermögen ein endgültiges und daher rechtlich zu wertendes. Zu allgemein daher wohl RG. 56 Nr. 94 S. 387.

In diesen Fällen hat der Pflichtige **den Wert des Erlangten** zu ersetzen, d. h. den objektiven Tauschwert; nicht auch das darüber hinausgehende subjektive **Interesse** des Klägers. — Ist die Unmöglichkeit der Herausgabe nur **eine teilweise**, so tritt auch nur für diesen Teil die Werterstattung ein.

3. Alle Verpflichtungen zu Nr. 2 erreichen nach **Absatz** 3 ihre **Grenze** mit dem Aufhören der **Bereicherung** des Beklagten.

a) In den Fällen von Abs. 1, also bei möglicher Naturalherausgabe (Nr. 2a—c), ist die Bereicherung an sich mit den noch vorhandenen, jetzt herauszugebenden Gegenständen identisch. Dies aber nicht immer, namentlich nicht wegen darauf gemachter Aufwendungen. Daß der Beklagte diese ersetzt verlangen kann, folgt aus der Natur des Verhältnisses und aus der positiven Bestimmung des

Abs. 3, der auch gerade bei vorhandener Herausgabemöglichkeit eine solche Haftungsbeschränkung aufstellt.

Wie der Verwendungsabzug auf die Kondiktion einwirke, läßt sich nicht allgemein bestimmen. Geht sie auf Geld, so mindert sich ihretwegen das herauszugebende Quantum von Rechts wegen; in andern Fällen wird es einer Einrede nach Art der exceptio doli bedürfen, da hier, bei einer Verschiedenheit der Leistungsgegenstände, von einfacher Abrechnung nicht die Rede sein kann. S. auch Stieve S. 30ff.

Ob und inwieweit daneben dem Bereicherungsschuldner wegen der Verwendungen auch ein selbständiger, klageweise geltend zu machender Ersatzanspruch zustehe — wichtig, falls er die Geltendmachung im Kondiktionsprozesse unterließ —, läßt sich nicht allgemein bestimmen. Es kommt darauf an, ob die Voraussetzungen des Geschäftsführungsanspruchs oder der condictio sine causa in dieser Hinsicht für ihn erfüllt sind. Dagegen hat er nicht deswegen eine condictio indebiti auf das Zurückgegebene, weil die nicht geltend gemachte Einrede nur dilatorisch war (§ 813).

Ob die Aufwendungen auf das Kapital oder auf die Nutzungen gemacht sind, macht hier keinen Unterschied, da der Beklagte ja auch letztere herausgeben muß; ebensowenig, ob sie notwendig oder auch nur nützlich waren. Selbst wofern nicht einmal letzteres nachweisbar ist, mindern sie doch seine Bereicherung, auf die es nach § 818 entscheidend ankommt.

Dagegen kann der Empfänger keinen Abzug machen wegen sonstiger Schäden, die ihm durch die erlangten Gegenstände erwachsen sind, z. B. das indebite erhaltene Pferd war krank und hat den Bestand des Empfängers infiziert, der so erhaltene junge Hund hat seinen Perserteppich zernagt. Denn der grundlose Empfang war hier doch nur Bedingung, nicht Ursache der Schädigung. Anders Goldmann-Lilienthal S. 877 Anm. 13, Staudinger Nr. 5. Allerdings kann es Fälle geben, wo der bereichernde Akt als solcher, ohne weiteres, zugleich auch eine benachteiligende Wirkung auf das Vermögen des Empfängers ausgeübt hat. So besonders nach dem oben zu § 816 Bem. 1a eingenommenen Standpunkt bei Zwangsversteigerung fremder Sachen: mit dem Empfang des Erlöses hat man zugleich den Anspruch gegen den Schuldner eingebüßt.

In derartigen Fällen kann der Pflichtige Anrechnung des Betrages der Benachteiligung verlangen. Es ist das ein Gegenstück zur Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch (s. Vorbem. 5 vor § 249), und wird damit zutreffend vom RG. 54 141 in Zusammenhang gebracht. Wie beim Ersatz- ist auch beim Bereicherungsanspruch eine Gesamtbeurteilung erforderlich; das folgt mit Sicherheit aus seinem in § 818 zugrunde gelegten Prinzip. Beruft der Beklagte sich auf derartige Abzugsposten, so bedeutet das keine besondere Aufrechnung mit einer selbständigen Gegenforderung, RG. aaO. S. 142. Es handelt sich vielmehr gegenüber dem auf naturale Rückgabe gerichteten Bereicherungsanspruch um eine unselbständige Ausgleichsforderung, die in ihrer rechtlichen Struktur etwa der Abtretungspflicht nach § 255 gleichartig ist; gegenüber dem Werterstattungsanspruch (unten b) um einen dessen Höhe ipso iure mindernden Anrechnungsposten. Wie von einer compensatio lucri cum damno, könnte man hier umgekehrt von einer compensatio damni cum lucro reden.

b) Soweit der Schuldner nur den Wert zu erstatten hat (Abs. 2, s. oben 2d), mindert sich seine Verbindlichkeit ohne weiteres um den Wegfall seiner Bereicherung. S. Stieve S. 34ff.

Der Wegfall tritt hier ein nicht nur infolge von Aufwendungen auf die erlangten Gegenstände oder ihre Surrogate (z. B. Depotgebühren), sondern vorzüglich dann, wenn dieselben ohne Äquivalent konsumiert oder sonst aus dem Vermögen des Pflichtigen ausgeschieden sind (etwa unter dem wahren Werte verkauft oder vertauscht, verschenkt, durch Zufall zugrunde gegangen). Indes hebt die Konsumtion — und zwar selbst dann, wenn sie schenkweise oder sonst unentgeltlich sein sollte, s. auch Stieve S. 64 — die Bereicherung nicht schlechthin auf, es kann vielmehr eine solche übrig bleiben vom Standpunkt und in Höhe der dadurch ermöglichten **Ersparung anderweiter Ausgaben**, z. B. der Schuldner hätte das Geschenk ohne das ungerechtfertigt Erlangte vermutlich aus eigenen Mitteln gemacht. Dabei ist mit nichten stets ein Quantum von gleicher Art und gleichem Wert wie das konsumierte als erspart anzusehen, sondern nur soviel, wie der Betreffende gerade nach seinen Verhältnissen und Lebensgewohnheiten mangels des grundlosen Erwerbs in der fraglichen Richtung ausgegeben haben würde — denn nur um soviel,

nicht um den Wert des Verzehrten, ist er bereichert. So auch Petrazycki, Einkommen II S. 89ff.; die Mot. S. 838 lassen die Frage dahingestellt.

Somit ist die für das Gemeine Recht und andere Gesetzgebungen nicht selten vertretene harte und rechtspolitisch verfehlte Lehre, wonach der Empfänger vertretbarer Sachen immer ein dem Empfangenen entsprechendes Quantum herauszugeben habe (so Landrecht I 16, § 193, Code, Art. 1378ff., für das GR. Erxleben I S. 182ff., Witte S. 139, dagegen Windscheid § 424 No. 3), dem BGB. fremd.

4. **Eine Verschärfung der Haftung** tritt ein mit dem **Prozeßbeginn**, Abs. 3. Jetzt haftet der Beklagte „nach den allgemeinen Vorschriften", d. h. nach §§ 291—2 und den dort in Bezug genommenen §§ 987—90, s. diese. Also haftet er insbesondere auch für Verschulden, für sogen. fructus percipiendi. Bis dahin traf ihn eine Verpflichtung zur sorgfältigen Benutzung der Sache nicht — „quasi suam rem neglexit". Nur nach den Regeln der unerlaubten Handlungen, namentlich nach § 826, kann er sich auch vorher ersatzpflichtig machen: „wenn er arglistigerweise, bloß um den Geber um seine event. Rechte zu bringen, über das Empfangene verfügt hatte," Mot. S. 845. Außerdem kann er natürlich auch nach allgemeinen Grundsätzen und mit den gewöhnlichen Wirkungen in Verzug kommen.

5. Die **Beweislast** dafür, daß er die empfangenen Gegenstände nicht mehr herausgeben kann, ebenso wegen der angeblichen Verwendungen und sonstigen Wegfallsgründe seiner Bereicherung hat nach allgemeinen Grundsätzen des Beweisrechts der Empfänger, Mot. S. 836—7, Prot. S. 707—8, ebenso RG. ZS. II vom 4. X. 04, Seuffert 60 Nr. 168 S. 315—6. Dagegen muß der Kläger, der neben dem oder statt des ursprünglichen Gegenstandes Nutzungen beansprucht, beweisen, daß der Empfänger solche gezogen habe. S. auch Stieve S. 99ff.

6. Vgl. auch ZPO. §§ 541 Abs. 2.

§ 819.

Kennt der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang oder erfährt er ihn später, so ist er von dem Empfang oder der Erlangung der Kenntnis an zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre.

Verstößt der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, so ist er von dem Empfange der Leistung an in der gleichen Weise verpflichtet.

E. I 741, 745², 747²⁻³, E. II 743, RV. 803. — Mot. S. 840—2, 850—1, Prot. II S. 711—2.

1. **Allgemeines:** Schon die Römer ließen einen bösgläubigen Empfänger, also bei der condictio frutiva, ob iniustam und turpem causam, sowie bei der condictio indebiti im Fall seiner Kenntnis von der Nichtexistenz der Schuld, l. 43 § 2 D. 47,2, schärfer haften, als den gutgläubigen. Ähnlich Landrecht I 16, §§ 189, 193—4, Code Art. 1378ff., SächsGB. §§ 1499, 1528. So jetzt auch § 819. Er schreibt die schärfere Haftung vor:

a) **Bei Kenntnis der Grundlosigkeit des Empfanges.** Ist sie von Anfang an vorhanden, so tritt auch die schärfere Haftung sofort ein; andernfalls erst vom späteren Moment der Kenntnisnahme ab. Bei der condictio ob causam finitam kann sie natürlich stets erst später eintreten.

Bei einem anfechtbaren Geschäft sollte nach Aufl. 1 nicht ohne weiteres Kenntnis des Anfechtungsgegners schon darum vorliegen, weil er vom Anfechtungsgrunde weiß — denn er könne gar nicht beurteilen, ob der Gegner von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch machen werde. Aber mit Recht haben Kipp-Windscheid I S. 370, Goldmann-Lilienthal S. 877 Anm. 16 einen gegenteiligen Standpunkt eingenommen. Vorläufig fehlt es freilich in solchen Fällen gar nicht an einer causa.

Aber wenn die Anfechtung erfolgt — und nur für diesen Fall kommt ein Bereicherungsanspruch in Frage — wird nach § 142 Abs. 2 der wissende Anfechtungsgegner behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit gekannt hätte. Daran scheitert meine frühere Meinung.

Nur Kenntnis von der Grundlosigkeit des Empfanges wird verlangt, nicht auch — bei der condictio indebiti — solche von der Unkenntnis des Leistenden darüber, Prot. S. 711.

b) **Wenn der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt,** d. h. in den Fällen des § 817, s. Bem. dazu. Alsdann tritt die schärfere Haftung ohne weiteres vom Empfang der Leistung ab ein, mag sich der Empfänger auch weiter keine Vorstellungen von dieser Wirkung gemacht haben.

2. In den Fällen Nr. 1a—b bemißt sich der Umfang der Leistung nach den sich aus § 818 Abs. 4 ergebenden Grundsätzen, s. Bem. 4 dazu, also namentlich nach §§ 291—2.

Außerdem bleiben die allgemeinen gesetzlichen Verpflichtungen aus der dem Empfänger etwa zur Last fallenden unerlaubten Handlung — z. B. bei wucherischer Ausbeutung, rechtswidrigem Zwang und Betrug — unberührt; so besonders Entw. I §§ 745, 748 a. E.

3. Unter § 819 ist auch wohl der Fall zu ziehen, wenn der Staat oder die Gemeinde zu Unrecht Steuern eintreibt und diese nachher herausgeben muß; dann ist die Summe vom Tage der Eintreibung ab schlechthin zu verzinsen, s. RG. bei Seuffert 48 Nr. 249 S. 396.

§ 820.

War mit der Leistung ein Erfolg bezweckt, dessen Eintritt nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts als ungewiß angesehen wurde, so ist der Empfänger, falls der Erfolg nicht eintritt, zur Herausgabe so verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zur Zeit des Empfanges rechtshängig geworden wäre. Das gleiche gilt, wenn die Leistung aus einem Rechtsgrunde, dessen Wegfall nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts als möglich angesehen wurde, erfolgt ist und der Rechtsgrund wegfällt.

Zinsen hat der Empfänger erst von dem Zeitpunkt an zu entrichten, in welchem er erfährt, daß der Erfolg nicht eingetreten oder daß der Rechtsgrund weggefallen ist; zur Herausgabe von Nutzungen ist er insoweit nicht verpflichtet, als er zu dieser Zeit nicht mehr bereichert ist.

E. II 744, RB. 804. — Prot. II S. 712—3.

Literatur: Planck, DJZ. 06 23ff.

1. **Allgemeines:**

a) Der nachträglich eingefügte § 820 bezieht sich auf das Anwendungsgebiet der römischen condictio ob causam datorum und ob causam finitam, falls nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes der spätere Eintritt des Rechtsgrundes (der bezweckte Erfolg) als ungewiß, oder — bei der condictio ob causam finitam — der spätere Wegfall als möglich vorausgesehen wurde. Z. B. der Schuldner leistet an einen dritten in der Hoffnung, daß der Gläubiger den Akt genehmigen werde; der Mieter, der seinem Vermieter einen Grund zur sofortigen Kündigung gegeben hat, sendet ihm praenumerando weiteren Mietzins „in der Hoffnung, daß jener ihn noch wohnen lassen werde". Dagegen gehört nicht jede condictio ob causam dahin; wohl meistens wird der künftige Eintritt des Zweckes bei einer dazu gegebenen Leistung als sicher vorgestellt. Allerdings hat neuestens Planck aaO. (ebenso für die Regel der Fälle, aber nur auf Grund einer im Zweifel zu unterstellenden derartigen Parteiabsicht, Kipp-Windscheid II S. 832, Nr. 2d) eine weitergehende Lehre vertreten: § 820 beziehe sich auf alle Fälle, wo nach dem Geschäftsinhalt auf einen künftigen ungewissen Erfolg abgestellt werde; dessen Eintritt müssen auch die Parteien immer als einen ungewissen ansehen.

Aber diese letzte Annahme trifft keineswegs zu; vielfach kommt dem den regelmäßigen Verlauf der Dinge allein in Rechnung ziehenden Normalmenschen gar nicht der Gedanke, daß eine andere Entwicklung im Bereiche der praktisch ins Auge zu fassenden Möglichkeit liege. Wer denkt z. B., wenn er den Mietzins pränumeriert, an die Eventualität vorzeitiger Vertragsauflösung? Darauf aber, daß der Erfolg als ungewiß angesehen wurde, soll es auf den unzweideutigen Wortlaut ankommen; nicht darauf, daß er objektiv ungewiß war. Das dürfte auch, trotz Planck, für die Mehrzahl der Fälle sachlich angemessen sein.

Andererseits können auch gewisse Fälle der condictio indebiti nach § 820 beurteilt werden, s. den Fall bei Jhering, Zivilrechtsfälle Aufl. 10 Nr. 58, auch l. 2 pr. D. XII. 6. Jemand zahlt unter Vorbehalt auf eine Schuld, deren Nichtbestand beide Beteiligte als möglich unterstellten. Wird vereinbarungsgemäß in solcher Weise in incertum eventum geleistet, so haben die Parteien doch den bezweckten Erfolg „nach dem Inhalt" des Leistungsgeschäftes als ungewiß angesehen.

b) Erfordert wird überall, daß die Vorstellung der Ungewißheit nicht nur subjektiv einem Kontrahenten innewohnt, sondern auch objektiv im Tatbestand des Rechtsgeschäftes zum Ausdruck gebracht ist.

c) Die Rechtfertigung der Haftungsverschärfung liegt darin, daß in derartigen Fällen der Empfänger vom Zeitpunkt der Übertragung ab mit der Möglichkeit rechnen mußte, zur Rückgabe verpflichtet zu werden.

2. **Die Haftung** ist auch hier vom Moment der Leistung ab die **schärfere** wie nach § 818 Abs. 4, jedoch fügt Abs. 2 eine zweckentsprechende **Milderung** ein betreffs der Erstattungspflicht von Zinsen und Nutzungen, abweichend von § 291.

§ 821.

Wer ohne rechtlichen Grund eine Verbindlichkeit eingeht, kann die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist.

E. II 745, RV. 805. — Prot. II S. 713 ff.

1. **Allgemeines:** Die grundlose Bereicherung erzeugt außer dem klagbaren Anspruch auch eine Einrede, s. Vorbem. 6. Diese fällt normalerweise aus denselben Gründen fort, wie jener. Davon macht aber § 821 (anders noch Entw. I, Mot. S. 831) eine Ausnahme für den Fall, daß eine Verbindlichkeit ohne rechtlichen Grund eingegangen ist. Alsdann soll, entgegen dem Grundsatz des § 222, mit der Verjährung des Befreiungsanspruchs die auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung entstandene Einrede noch nicht beseitigt werden.

Wegen der Konstruktion s. Planck zu § 222 Nr. 3c und zu § 821. Das Richtige ist wohl, anzunehmen, daß die Tatsache der ungerechtfertigten Bereicherung ein Recht auf Wiederaufhebung erzeugt, aus dem sich als Rechtsschutzmittel sowohl ein Anspruch als auch eine Einrede ergeben, die nach § 821 jenem gegenüber hier, anders als sonst, (Planck aaO. Nr. 1) selbständig ist und durch Verjährung des Anspruchs ihrerseits nicht notwendig getroffen wird.

Regelsberger, Jherings Jahrb. **41** 334—5 hält § 821 für einen Beleg dafür, daß die verjährte Schuld noch Wirkungen erzeuge. Gewiß — aber es handelt sich darum, diese rechtlich zu begründen. An sich müßte mit dem Anspruch auch die Einrede verjähren, wenn und soweit sie nur eine Erscheinungsform desselben ist.

S. ferner über die Bereicherungseinrede, insbesondere die — m. E. entschieden zu verneinende — Frage ihrer Berücksichtigung von Amts wegen, die sorgsam abwägende Untersuchung von M. Rümelin, ArchZivPrax. 97 344 ff., die freilich den Gegnern des materiell abstrakten Vertrages (Kindel und Neubecker) m. E. reichlich weit entgegenkommt.

§ 822.

Wendet der Empfänger das Erlangte unentgeltlich einem dritten zu, so ist, soweit infolgedessen die Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe der Bereicherung ausgeschlossen ist, der dritte zur

Herausgabe verpflichtet, wie wenn er die Zuwendung von dem Gläubiger ohne rechtlichen Grund erhalten hätte.

RB. 806. — Prot. VI S. 211—2.

Literatur: Freund in der zu § 816 zitierten Schrift.

1. **Prinzip:** Der § 822 enthält eine schwerwiegende Neuerung gegenüber dem Gemeinen Recht und dem ersten Entwurf (Mot. S. 830). Obwohl die Kondiktionen grundsätzlich nur gegen eine bestimmte Person wirken, wird doch hier ein Anspruch gegen den dritten unentgeltlichen Erwerber der Zuwendung gegeben, wie übrigens ähnlich schon in dem besonderen Falle des § 816 Abs. 1 Satz 2. Der innere Rechtsgrund derartiger Ansprüche dürfte mit dem des konkurs- und außerkonkursmäßigen Anfechtungsrechtes der Gläubiger gegen die Empfänger einer unentgeltlichen Zuwendung aus dem Vermögen des Schuldners verwandt sein, KO. §§ 32, 37, RG. vom 21. VII. 1879 § 3 Nr. 3 und dazu Cosack, Anfechtungsrecht S. 27: „Jedes Vermögen ist zugunsten der Gläubiger des Besitzers in der Weise gebunden, daß Schenkungen aus demselben nur unbeschadet dieser Forderungen gemacht werden können." Darum wird der Anspruch gegen den unentgeltlichen Erwerber auch nicht schlechthin gewährt, sondern nur gerade dann, wenn die Verpflichtung des ersten Empfängers „infolge der unentgeltlichen Zuwendung ausgeschlossen ist".

Solange der Empfänger trotz Weggabe des Erlangten noch verpflichtet bleibt, tritt also die Haftung des dritten nicht ein. Wieweit das der Fall ist, ergibt sich aus §§ 818—20 in Verbindung mit §§ 987 ff. Hat er sich nach dem Prozeßbeginn, nach erlangter Kenntnis von der Grundlosigkeit des Erwerbes, oder nach dem sonstigen die schärfere Haftung mit sich bringenden Zeitpunkt durch die Weggabe selbst außer Stand gesetzt, die Sache zurückzugeben, so haftet er (§ 987) für die infolgedessen eintretende Unmöglichkeit der Herausgabe.

Ist der erste Empfänger zahlungsunfähig, so kann das den Anspruch aus § 822 nicht begründen; denn hier ist die Verpflichtung nicht im Rechtssinne ausgeschlossen, zum mindesten nicht durch die Zuwendung an den dritten, sondern höchstens durch einen etwaigen Zwangsakkord.

2. Die Haftung aus § 822 tritt ein bei **unentgeltlicher Zuwendung**, also vorwiegend bei Schenkungen, aber auch bei Vermächtnissen. Immer aber muß vorliegen:

a) **eine Zuwendung**. Cosack § 168, II will zwar die Bestimmung auch auf anderen unentgeltlichen Erwerb des dritten ausdehnen (z. B. Diebstahl). Das ist indes bei ihrem Ausnahmecharakter schwer angängig, aber auch unnötig. Denn in dem von Cosack genannten Fall ist der Deliktsanspruch des Empfängers gegen den dritten offenbar eines der „Surrogate", die er nach §§ 818, 281 dem Gläubiger herauszugeben — hier also zu zedieren — hat. In anderen Fällen, wie bei der Ersitzung durch den dritten, fehlt es dagegen an jedem äußeren wie inneren Grunde für eine Haftung.

b) eine **unentgeltliche** Zuwendung. Hat der dritte auf Grund eines, für ihn noch so vorteilhaften, entgeltlichen Vertrages erworben, so haftet er nicht; ebensowenig, wenn der Empfänger ihn nur wegen einer Forderung befriedigt hat. Anders bei einem negotium mixtum cum donatione in Höhe des Teiles der Zuwendung, der als Schenkung anzusehen ist, s. Bem. 8 zu § 516.

Ist eine Pfandbestellung unentgeltliche Zuwendung? Dafür Freund S. 54, wohl mit Recht, trotz des oben bei der Schenkung (Nr. 1 b zu § 516) eingenommenen gegenteiligen Standpunktes. Die dort entwickelten Bedenken kommen hier, wo ja überhaupt nicht auf den technischen Schenkbegriff abgestellt wird, nicht in Betracht; vielmehr würde bei Ablehnung der Haftung der Berechtigte ohne jeden inneren Grund schwer benachteiligt werden können, da die Haftung des ersten Empfängers um den Wert der Pfandbelastung entfällt.

3. Muß gerade ein dem Empfänger **aus dem Vermögen des Kondizenten unmittelbar zugeflossener Vermögenswert** an den dritten gelangt sein oder nicht? Man wird auch die Früchte und anderen Surrogate dahin rechnen dürfen, nicht aber auch den aus grundlos übergegangenem Geld angeschafften und verschenkten Schmuck, Cosack aaO., Staudinger Nr. 2a.

Anders freilich meine Aufl. 1, Enneccerus § 357 Anm. 2, Planck Nr. 3, Stieve S. 46. Wenn man aber das vertragsmäßige Äquivalent des grundlos erlangten

Gegenstandes im Sinne von § 818 (s. Bem. 2 c α dazu) nicht der Kondiktion unterwirft, so wäre es doch folgewidrig, hier anders zu entscheiden. Daß der Empfänger hier nicht mehr bereichert und somit haftfrei sei, stimmt auch nicht überall: vielfach wird er durch die Verwendung des sine causa Erlangten als Tauschobjekt oder Kaufpreis anderweite Ausgaben erspart haben. Aber auch wenn dem nicht so ist, ist es eben in dem unterstellten Fall weder das Erlangte noch das an dessen Stelle getretene Surrogat, das der Empfänger dem dritten zugewendet hat — es fehlt also an den Voraussetzungen, die § 822 für dessen Haftung aufstellt.

4. Der Umfang der Haftung des Dritterwerbers bestimmt sich so, als wenn er die Leistung ohne Rechtsgrund vom Kläger erhalten hätte, s. den Schluß des Textes; also nach den Regeln der §§ 818—20.

5. Die Voraussetzungen des § 822 — unentgeltlichen Erwerb des Beklagten und dadurch eingetretenen Wegfall der Haftung des ersten Empfängers — muß der Kläger als rechtsbegründende Tatsachen beweisen. Dagegen hat der Beklagte für den behaupteten späteren Wegfall seiner Bereicherung (§ 818 Abs. 3) als rechtsaufhebende Tatsache die Beweislast.

Fünfundzwanzigster Titel.

Unerlaubte Handlungen.

Vorbemerkung.

Litteratur: Wegen der (dogmatisch nur noch ausnahmsweise verwendbaren) gemeinrechtlichen Arbeiten s. d. Pandektenlehrbücher. Zum neuen Recht: *Jung*, Delikt und Schadensverursachung, 1897; *Linckelmann*, Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen, 1898; v. *Liszt*, Die Deliktsobligationen des BGB., 1898; auch v. *Weinrich*, Haftpflicht wegen Körperverletzung, Aufl. 2, 1902, *Laß-Maier*, Haftpflichtrecht, Aufl. 2, 1902. Über den Begriff der unerlaubten Handlung insbesondere: *Eltzbacher*, Das rechtswirksame Verhalten, S. 274 ff.; G. *Müller*, Bl. f. Rechtsanw. 65 373 ff.; *Zitelmann*, Internat. Privatrecht II S. 464, 531 ff.; über den der „Rechtsverletzung" *Isay*, Geschäftsführung S. 371 ff. Wegen der Kausalität s. die Angaben vor § 249.

1. **Unter unerlaubten Handlungen oder Delikten** sind im zivilrechtlichen Sinne nicht sowohl die strafrechtlich verpönten Handlungen als solche, sondern alle mit einer außervertraglichen Schadensersatzpflicht des Täters belegten Handlungen zu verstehen. S. zu diesem Gegensatz *Weyl*, Verschuldensbegriffe S. 358 ff. Meine Aufl. 1 verwies auch noch auf die *Verbotswidrigkeit* als Begriffsmerkmal der unerlaubten Handlungen. Das ist trotz der gesetzlichen Bezeichnung ungenau. Zweifellos stellen die meisten nach Titel 25 unter Schadensersatz gestellten Handlungen auch Verstöße gegen ein so oder so beschaffenes Verbot vor. Aber unumgängliches Begriffsmerkmal ist das nicht. Man mag den Begriff des Verbotenseins noch so weit ausdehnen — bei den Haftungen des Tierhalters (§ 833) und des Jagdberechtigten (§ 835) versagt er als Grundlage unter allen Umständen. Ebenso aber auch wohl bei der aus § 826 (s. Bem. dazu), da dieser, wenn man die darunter fallenden Handlungen ohne weiteres als rechtswidrig erklärt erachten wollte, unlösliche Widersprüche gegenüber § 226 enthielte. Auch die Haftung aus § 829 würde dahin gehören, wenn man mit einer in alter und neuer Zeit öfters auftauchenden Lehre (s. neuestens *Hold v. Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit, Bd. I, 1903) den Begriff des objektiven, von subjektiven Momenten unabhängigen Unrechts zu streichen berechtigt wäre, was aber m. E. ganz und gar nicht zutrifft, s. auch unten Nr. 3.

Die Überschrift des Titels „unerlaubte Handlungen“ erscheint nach dem Gesagten kaum empfehlenswert, erklärt sich aber daraus, daß immerhin die wichtigsten und nächstliegenden Fälle der außervertraglichen Ersatzpflicht auf Rechtswidrigkeit beruhen („Delikte“), denen sich die andern (nach der römisch-gemeinrechtlichen Bezeichnung „Quasidelikte“) nur anschließen, s. auch RG. Bd. 50 Nr. 102 S. 410, 60 Nr. 69 S. 305, Zitelmann aaO.; anders Eltzbacher aaO. S. 291.

Soweit die Handlung wirklich eine unerlaubte ist, enthält sie überall die Verletzung einer Rechtsnorm; die Verletzung eines subjektiven Rechts ist als solche kein Delikt, kann es freilich werden, wenn ein gesetzliches Verbot sich gerade gegen die Verletzung der Berechtigung als solcher wendet, s. § 823 Abs. 1. Ganz anders Eltzbacher aaO. S. 274 ff.: jedes Delikt sei Verletzung eines subjektiven Rechts, teils eines besonderen Einzelrechts, teils des Persönlichkeitsrechts, teils des „allgemeinen Ausschließungsrechts“, das dem Individuum an seinem Vermögen zustehe, S. 330—33. Delikt ist ihm die zum Ersatz verpflichtende Verletzung eines absoluten (Ausschließungs-) Rechts, S. 290; während er diejenige eines relativen (Forderungs-) Rechts mit der herrschenden Lehre (s. unten zu § 823 Nr. 3c) nicht darunter rechnet, S. 287 ff.

Eine Kritik dieser Lehre ist hier nicht am Platze. Sie scheitert m. E. schon daran, daß dem Gesetz wohl zweifellos (s. Bem. 3f zu § 823) eine allgemeine Ersatzpflicht wegen Verletzung des Vermögens als solchen unbekannt ist. Überhaupt dehnt sie den Begriff des subjektiven Rechts allzu weit aus (s. Oertmann, DJZ. **04** 619).

Jedenfalls steht bei allen unerlaubten Handlungen im Sinne des BGB. nur eine Ersatzpflicht in Frage: eine vom Verletzten geltend zu machende und in seine Kasse fließende Privatstrafe, wie sie das ältere, insbesondere das Römische Recht, in zahlreichen Anwendungsfällen (actiones furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum usw.) kannte, ist als dem modernen Rechtsbewußtsein zuwider zugunsten einer ausschließlich staatlichen, öffentlich-rechtlichen Strafe bereits im bisherigen Recht aufgegeben und dem BGB. vollends fremd. Allerdings kennt das moderne Recht in mehreren Anwendungsfällen, namentlich bei Beleidigungen und Körperverletzungen, StrGB. §§ 188, 231, eine sogenannte Buße, die der Strafrichter dem Verletzer zugunsten des Verletzten auflegt — aber sie ist nach der richtigen und herrschenden Ansicht (s. namentlich Wächter, Die Buße, 1874) trotz ihrer prozessualisch-technischen Eigentümlichkeiten nur Schadensersatz, nicht Strafe. Im BGB. wird sie selbst nicht erwähnt, doch bleiben ihre bisherigen Anwendungsfälle unberührt, EG. Art. 32. S. auch unten Nr. 3.

2. **Ein allgemeiner Deliktsbegriff** war dem Römischen und — trotz einiger beachtenswerter Ansätze in der älteren Praxis (s. Dernburg, Pand. II § 135) — Gemeinen Rechte fremd, nur an „genau umschriebene Tatbestände“ knüpfte dasselbe durch verschiedene sukzessiv entstandene Gesetze die Ersatzpflicht. Dagegen haben das Landrecht I, 6, § 8 und der Code Art. 1382 die widerrechtliche Schädigung eines anderen allgemein mit einer Ersatzpflicht belegt.

Das BGB. geht nicht soweit (anders Aufl. 1, s. auch Denkschrift S. 148), nimmt vielmehr einen vermittelnden Standpunkt ein. Allerdings bildet es im Gegensatz zum Römischen Recht nicht eine Vielzahl mehr oder minder genau umschriebener Sonderdelikte aus. Aber andererseits begnügt es sich nicht damit, nach dem Muster des Code in einer jeden widerrechtlichen schuldhaften Schadenszufügung oder, wie v. Liszt es formuliert (S. 3) „in jeder schuldhaften, rechtswidrigen Verletzung fremder rechtlich geschützter Interessen“ ein ersatzpflichtig machendes Delikt zu sehen; „vielmehr begrenzt es die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht schärfer, um dadurch eine feste gesetzliche Grundlage für die richterliche Entscheidung zu finden“, Denkschr. S. 149.

Die im BGB. danach aufgestellten Anknüpfungspunkte für die deliktische Ersatzpflicht sind verschiedener Natur. Es machen ersatzpflichtig:

a) Verletzungen gewisser besonders aufgeführten Lebensgüter: **Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit**, § 823 Abs. 1. Zu dieser Gruppe gehören im Grunde auch die Delikte aus §§ 824—5.

b) **Verletzungen subjektiver Rechte**, § 823 Abs. 1.

c) Unter gewissen Voraussetzungen macht ersatzpflichtig die Schadenszufügung im allgemeinen, d. h. die Verletzung eines irgendwie beschaffenen Interesses im Sinne von §§ 249 ff., ohne das dieses Interesse sich zu einem besonderen subjektiven Recht verdichtet haben oder mit einem der besonders unter Schutz gestellten Lebensgüter zusammenhängen müßte.

Dies:

α) Wenn die Verletzung unter Verstoß gegen ein sogen. „Schutzgesetz" geschah, § 823 Abs. 2.

β) Wenn sie, ohne rechtswidrig zu sein, eine Sittenwidrigkeit im Sinne von § 826 darstellt.

γ) Wenn sie von einem Beamten unter Amtspflichtverletzung nach § 839 verübt wurde.

d) Die wichtigsten Unterschiede zwischen dieser Regelung und dem allgemeinen Deliktsbegriff der früheren Gesetzgebungen sind:

α) Solche Interessen und Lebensgüter, die nicht zu einem subjektiven Rechte verdichtet sind, genießen den Schutz nur, soweit sie in § 823 Abs. 1 besonders genannt sind, oder ihre Verletzung unter § 823 Abs. 2—26 fällt.

β) Andererseits geht das BGB. in § 826 über den Deliktsbegriff im Sinne einer rechtswidrigen Handlung hinaus.

3. **Die „unerlaubte Handlung"** erfordert in der Regel, wenigstens als Begründerin einer Schadensersatzpflicht, ein **Verschulden.** Damit ist nicht gesagt, daß nicht jemand auch ohne solches ausnahmsweise haftpflichtig sein kann. Selbst die Römer erkannten das in einzelnen Fällen (namentlich bei den actiones noxales) an, in denen sie jemanden ohne Rücksicht auf culpa „quasi ex delicto" haften ließ. Noch viel mehr hat das Landrecht mit der unumschränkten Herrschaft des Schuldprinzips zu brechen Anlaß genommen, und ihm sind spätere Gesetze gefolgt, so PreußG. über die Eisenbahnen vom 3. XI. 1838 und, ihm wesentlich nachgebildet, Reichshaftpflichtgesetz vom 7. VI. 1871 (s. dazu jetzt EG. Art. 42). Einer weitverbreiteten, sehr beachtenswerten modernen Strömung (s. namentlich Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie, 1888, Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 1893, A. Merkel, die Kollision rechtmäßiger Interessen, 1895, M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung, 1896), freilich nur teilweise und vielleicht nicht energisch genug, folgend hat auch das BGB. in einer Reihe wichtiger Fälle mit dem Verschuldensprinzip aufgeräumt. Es läßt haften:

a) Ausnahmsweise den wegen Bewußtlosigkeit oder jugendlichen Alters einer schuldhaften Handlung nicht fähigen Täter, § 829.

b) für Tier- und Wildschäden den Halter des Tieres bezw. den Jagdberechtigten, §§ 833, 835.

c) In anderen Fällen, bei den Handlungen der Angestellten oder der Aufsicht des Haftpflichtigen Unterworfenen, §§ 831—2, sowie bei Einsturz von Gebäuden, §§ 836ff., tritt wenigstens eine Umkehrung der Beweislast ein: man haftet, solange man sich nicht durch den positiven Nachweis seiner Schuldlosigkeit befreit.

d) Andere, nicht unter unserm Titel einbezogene Fälle von außervertraglicher Haftung für schuldloses Handeln s. bei Enneccerus S. 296ff.

Immerhin ist das BGB. grundsätzlich beim Schulddogma stehen geblieben (ebenso RG. ZS. VI vom 12. II. 1902, Bd. 50 Nr. 102 S. 410, Weyl, Verschuldensbegriffe S. 261ff., anders Dittenberger, Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen, 1903, S. 77—9). Das zeigt sich auch äußerlich darin, daß es die außerkontraktliche Schadensersatzpflicht lediglich unter dem Gesichtspunkt der „unerlaubten Handlungen" darstellt. Ob nicht die Wissenschaft auch ferner Anlaß habe, jene Fälle schuldloser Haftung unter eine besondere Gruppe zu stellen („Quasidelikte"), bleibt eine offene Frage; wer sie nicht bejaht, muß das Moment des Verschuldens (ebenso wie das der Rechtswidrigkeit, s. oben Nr. 1) aus dem Begriffe der „unerlaubten Handlung" streichen; dafür in der Tat Dittenberger und Eltzbacher aaO., anders Zitelmann aaO.

Nicht einmal die wenigen römischen Sätze einer „quasideliktischen" oder sonst schuldlosen Haftung sind alle übernommen, nämlich nicht:

a) Die actio de effusis et deiectis, die noch im Entw. I §§ 729—33 beibehalten war; für sie Unger in Jherings Jahrb. **30** 226ff. Bei Auswurf oder Ausguß aus einem Gelaß haftet also der Bewohner nur noch, von eigenem Verschulden abgesehen, unter den Voraussetzungen des § 831.

Dasselbe gilt von der ähnlichen actio de positis et suspensis; für sie könnte unter Umständen daneben noch § 836 einen gewissen Ersatz bieten („Ablösung von Teilen eines Gebäudes oder Werkes").

b) beseitigt ist auch die cautio damni infecti und die damit verbundene unbedingte Haftung; sie wird durch § 836 nur teilweise ersetzt.

4. **Inhalt und Umfang der Haftung:** der Titel handelt zunächst nur von den Voraussetzungen der außerkontraktlichen Haftung. Worin aber der danach zu leistende Schadensersatz bestehe, regelt sich grundsätzlich nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 249ff., vorbehaltlich gewisser (erweiternder) Besonderheiten nach §§ 842ff. Insbesondere ist die grundsätzliche Ablehnung des Ersatzes bloß moralischer und ideeller Schäden (§ 253) auch für die Deliktshaftung maßgebend, obzwar durch § 847 von wichtigen Ausnahmen durchbrochen.

Eine neuerdings viel verhandelte Frage ist die, ob nicht neben dem Ersatz- auch ein Unterlassungsanspruch als Folge der unerlaubten Handlungen anzuerkennen sei, s. darüber Lau bei Gruchot **47** 508ff.; Oertmann, DJZ. **04** 616ff. (dagegen); Eltzbacher S. 102ff.; Fuld, SächsArch. **02** 257ff. (dafür). Für den Unterlassungsanspruch hat sich besonders, soweit der Tatbestand einer unerlaubten Handlung vorliege und weitere Eingriffe zu befürchten seien, wiederholt das RG. erklärt, so ZS. VI vom 11. IV. 1901, Bd. 48 Nr. 29 S. 114ff.; es gewährt einen Unterlassungsanspruch auch aus § 824, ZS. VI, 14. XII. 1902, Bd. 56 Nr. 72 S. 286 und § 826, ZS. V vom 9. IV. 1904, Bd. 57 Nr. 56 S. 242, ZS. VI vom 5. I. 1905, Bd. 60 Nr. 2 S. 6ff. (mit anfechtbarer, auf die vorgebrachten Gegengründe nicht eingehender Begründung), und vom 16. X. 1905, Recht 1906 S. 46 Nr. 1. So auch OLG. Celle 5. V. 1902, Rspr. V S. 239 und 27. V. 1903 bei Seuffert 60 Nr. 11 S. 20, OLG. Colmar 10. X. 1902, Rspr. V S. 386.

Zur Gewinnung eines sachgemäßen Ergebnisses ist zunächst zwischen einem repressiven und einem präventiven Unterlassungsanspruch zu scheiden. Dieser läßt sich, wenn überhaupt, nur aus einem bereits vorhandenen absoluten Privatrecht (z. B. Eigentum, Servitut, Namens- Urheberrecht) begründen, keineswegs aber auch zum Schutz eines bloß relativen Rechts oder gar eines bloßen Interesses. Andernfalls hätten die ihn besonders gewährenden §§ 12, 862, 1004, 1017, 1027, 1065, 1227 nicht den mindesten Sinn. Anders bei jenem: soweit die „unerlaubte Handlung" zwar schon eingetreten ist, aber noch nicht abgeschlossen vorliegt, also besonders bei derartigen Dauerhandlungen (s. die Beispiele bei Oertmann aaO. S. 622, z. B. fortdauernde Beunruhigung durch ständiges Bedrohen, Halten eines bissigen Hundes, schikanöse Lärmerregung, Bordellbetrieb), ist der Unterlassungsanspruch begründet, aber nur als Mittel zur Beseitigung der eingetretenen Schädigung, also als ein auf Naturalherstellung mit Wirkung ex nunc gerichteter Ersatzanspruch. Für einen weiteren Ersatzanspruch fehlt jede Grundlage im Gesetz, aber auch wohl ein entsprechendes Bedürfnis.

Der wichtigste Unterschied zwischen dem hier verteidigten Standpunkt und der reichsgerichtlichen Praxis liegt weniger in der objektiven als in der subjektiven Seite der Frage. Denn am Erfordernis einer vorgängigen objektiven Verwirklichung des „unerlaubten" Verhaltens und der Besorgnis weiterer Störung halten alle mitgeteilten Entscheidungen fest. Aber von dem Erfordernis einer subjektiven Widerrechtlichkeit glaubt das RG. (s. besonders DJZ. **05** 314 cit.) beim Unterlassungsanspruch Abstand nehmen zu dürfen, während das, soweit man darin nur eine Erscheinungsform des Ersatzanspruches sieht, für die Regel der Fälle natürlich nicht zutrifft. Der auf rein objektiver Grundlage beruhende Unterlassungsanspruch beschränkt sich auf das Gebiet der absoluten Rechte — ihn auf die Fälle der (nach §§ 823 Abs. 2 und 826 deliktisch geschützten) relativen Rechte oder gar bloßer Interessen auszudehnen, muß als de lege lata (und auch wohl ferenda!) mehr denn bedenklich bezeichnet werden; es würde das vielleicht wertvollste Ergebnis der gesamten Privatrechtswissenschaft: den scharfen Gegensatz absoluter und relativer Rechte, in der Sache einfach vernichten. Gewiß begründet „jeder Eingriff in ein geschütztes Recht" den Unterlassungsanspruch — aber wieweit ein geschütztes Recht vorliegt, das ist eben die Frage, die aus den speziellen Sätzen über die Schadensersatzpflicht nicht allgemein beantwortet werden kann. Und die Bestimmungen der §§ 12, 862, 1004, die nur von absoluten Rechten handeln, analog auf alle irgendwie beschaffenen Rechte anzuwenden, ist nichts weniger als statthaft. Wie hier jetzt Engelmann-Staudinger Vorbem. VII, 4.

5. **Verhältnis zur sonstigen Ersatzpflicht:**

a) Es ist möglich und häufig, daß dieselbe Handlungsweise sowohl den Tatbestand einer verantwortlich machenden Vertragsverletzung wie einer unerlaubten Handlung im Sinne des vorliegenden Titels bildet, z. B. der Verwahrer unterschlägt den verwahrten Gegenstand, der Entleiher eines Rennpferdes jagt es auf einem Distanzritt zu Tode.

Wegen der Anwendbarkeit des in solchen Fällen in Frage kommenden Vertrags- und Deliktsrechts finden sich bedeutende Meinungsverschiedenheiten, s. dazu besonders die Schriften von O. Chr. Fischer, Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung, 1905, S. 104ff. (dazu Titze, Zeitschr. f. HR. 57 447ff.); W. Peters, Klagenkonkurrenz, 1902; Prym, Konkurrenz des Anspruchs usw., 1905, sowie die Dissertationen von Behrend und Stipanski, Greifswald 1900/1.

α) Nach der ersten Meinung kommt dabei immer nur der vertragsmäßige Ersatzanspruch zur Entstehung, die Anwendung des Deliktsrechts ist ausgeschlossen. So besonders früher Endemann (Aufl. 4), § 200 Anm. 4, der aber in Aufl. 8 (s. §§ 84, 200 Nr. 1b) die Deliktsregeln nur noch insoweit ausgeschlossen sein läßt, als der Schaden lediglich durch eine als Vertragsverletzung zu beurteilende Handlung entstanden, anders aber, wenn der Tatbestand einer selbständigen unerlaubten Handlung verwirklicht ist: dann schließt das danebenstehende Vertragsverhältnis deren deliktischen Charakter nicht aus.

β) Die weitaus meisten Autoren lassen die Regeln der Vertragsansprüche neben denen der unerlaubten Handlungen zur Anwendung kommen. So v. Blume, Recht 05 481ff.; Crome § 324, V und DJZ. 04 14ff.; Enneccerus § 358, II; Dernburg §§ 64, II, 1, 2, 383, II, 2; Golde in Bernhöft-Binders Beiträgen S. 394ff.; Isay, Geschäftsführung S. 400—1; Kipp-Windscheid S. 888; Langheineken, Anspruch S. 139; v. Liszt S. 13; Stipanski aaO.; Weyl aaO. S 268. Aus der Praxis OLG. Celle 7. X. 1902, Rspr. V S. 82. Und zwar in verschiedener Weise:

αα) Nach einigen ist die Konkurrenz der Ansprüche eine ganz freie: der eine nimmt auf das Vorhandensein und die Voraussetzungen des andern keinerlei Rücksicht, nur die auf diesen hin erfolgte wirkliche Befriedigung tilgt auch jenen. So Langheineken, Crome.

ββ) Andere lassen eine Beeinflussung des einen Anspruchs durch den anderen Anspruch eintreten, insbesondere in der Richtung, daß die Ermäßigung der vertragsmäßigen Haftung auf schwerere Schuldarten ohne weiteres auch auf den Deliktsanspruch einwirke (s. unten).

γγ) Einige Anhänger der Ansicht zu β) vertreten daneben den besonderen Standpunkt, daß sogar die Verletzung des Gläubigerrechts durch den Schuldner als solche den Tatbestand einer nach §§ 823ff. zu beurteilenden unerlaubten Handlung bilden könne; dahin neigt z. B. v. Liszt aaO. Doch ist das eine mit jener Ansicht als solcher keineswegs zusammenhängende Sondermeinung, s. darüber und dagegen unten zu § 823 Nr. 3ca.

γ) Eine dritte Gruppe stimmt mit der Ansicht zu α) dahin überein, daß sie aus dem die Haftung sowohl nach Vertrags- wie nach Deliktsrecht begründenden Tatbestand immer nur einen einzigen Anspruch entstehen, dessen Inhalt aber nach den Sätzen beider Rechtsgebiete in ihrer Gesamtwirkung bestimmt werden läßt (insofern sachlich wie die zu β): Theorie der Gesetzes- im Gegensatz zur Anspruchskonkurrenz. So besonders Hellwig, Anspruch S. 98, Lehrbuch S. 266ff.; ferner Rumpf, Teilnahme an unerlaubten Handlungen, 1904, S. 72ff., 77; O. Chr. Fischer aaO. S. 106ff., für einen Teil der Fälle auch Langheineken aaO. S. 136ff. Auch Endemann spricht von Gesetzeskonkurrenz (§ 200 Anm. 9, § 84 Nr. 5), aber in besonderem Sinne (s. oben α). Gegen den Begriff besonders Crome aaO.; Enneccerus § 358, II; Isay S. 400; v. Blume S. 484.

δ) **Eigener Standpunkt.**

αα) Abzulehnen ist zunächst Endemanns frühere, heute fast allgemein aufgegebene Ansicht (oben α). Es ist in der Tat nicht einzusehen, warum z. B. ein Leiher, der die geliehene Sache absichtlich zerstört, dafür nur nach den besonderen Grundsätzen des Leihvertrages haften soll (so Endemanns früheres Beispiel) — dieser bot ihm doch bestenfalls die äußere Gelegenheit, eine mit dem besonderen Verhältnis innerlich in keiner Weise zusammenhängende, schon an sich unerlaubte Handlung vorzunehmen. Müßte doch andernfalls z. B. der unentgeltliche Verwahrer haftfrei sein, der die übernommene Wertsache zusammen mit seiner eigenen auf eine Reise mitnahm, im Hotelzimmer unverschlossen liegen ließ und dadurch ihren Diebstahl verschuldete. Es muß dabei bleiben: wer eine an sich deliktische Handlung nur anläßlich eines mit ihr nicht in innerem Zusammenhange stehenden Vertragsverhältnisses vornahm („zu der ihm das Rechtsverhältnis nur Gelegenheit bietet"), ist nach den Regeln der unerlaubten Handlungen verantwortlich. Aber auch nur nach ihnen, eine Konkurrenz findet insofern nicht statt. Übereinstimmend u. a. v. Blume, Recht 05 482ff., Kipp-Windscheid

S. 888, O. Chr. Fischer S. 94, Crome, Planck, jetzt auch Endemann Aufl. 8 aaO. Dahin gehört auch der Fall, daß jemand den Vertrag nur als Mittel zur Setzung des deliktischen Tatbestandes wählte, z. B. er verschenkte ein mit Gift versetztes Getränk, lieferte mit Explosivstoffen vermengte Kohle.

Eine Einwirkung übt freilich auch hier das Vertragsverhältnis auf die Beurteilung der als unerlaubt festzustellenden Handlungen: das besondere Vertragsverhältnis ermächtigt möglicherweise zur Vornahme von Benutzungshandlungen und sonstigen Manipulationen mit fremden Sachen, die ohnedies unstatthaft wären. Entsteht dadurch oder dabei trotz sachgemäßer Behandlung ein Schaden, so ist der Handelnde wegen des ihm den Gebrauch gestattenden besonderen Vertragsverhältnisses nicht verantwortlich, während er es, bei Unerlaubtheit der Benutzung, sein würde. Beispiele: Leutnant X, nach Südwestafrika kommandiert, leiht sich Reiselektüre, die bei Plünderung seines Gepäcks durch die Hereros abhanden kommt; ein von mir gemietetes Pferd verbrennt in meinem Stalle.

ββ) Aber der Zusammenhang der Schadensentstehung mit dem bestehenden Vertragsverhältnisse kann auch ein innerlicher sein; dieses bietet dazu nicht nur die äußere Gelegenheit, sondern jene ist gerade in und mit seiner Entwicklung und Durchführung verbunden, und geschah nur durch ungenügende Sorgfaltsanwendung bei Vornahme der vertragsmäßigen Berechtigung oder Verpflichtung. Z. B.: die Mietwohnung wird durch den — sei es vertragswidrigen, sei es vertragsmäßigen — Gebrauch verwohnt; das geliehene Buch beim Lesen beschmutzt; das vermietete Pferd zu Schanden geritten. Hier überwindet die besondere Rechtsbeziehung die allgemeine Betrachtung; das Verhältnis ist nach Vertragsregeln und nur nach ihnen zu beurteilen (so auch RG. 4. II. 1904, Recht 04 252). Das zeigt sich besonders in den Fällen, wenn der Vertrag erst besondere Pflichten auslöste, die ohnedies nicht bestanden hätten, deren Verletzung daher gar keine „unerlaubte" Handlungen darstellen könnte. So die besonderen Obhutspflichten des Mieters, Entleihers; die Versendungspflichten des Verkäufers. Aber auch davon abgesehen überall da, wo die schädigende Handlung, weil an sich vertragsmäßig, nicht objektiv widerrechtlich ist, also nicht unter § 823 fällt.

γγ) Während in den Fällen zu αα) nur die Delikts-, in denen zu ββ) nur die Vertragsgrundsätze ausschließend zur Anwendung kommen, bleibt dazwischen vielleicht noch ein, zugegeben enges, mittleres Gebiet übrig: die Handlung wird in Ausführung der durch das Vertragsverhältnis begründeten besonderen Rechte oder Pflichten vorgenommen, erfüllt aber daneben doch den Tatbestand einer selbständigen unerlaubten Handlung. Dahin würden besonders, vielleicht selbst ausschließend (so v. Blume S. 484) die Fälle zu rechnen sein, wo der Zweck des Handelnden bewußt über eine bloße Erfüllungshandlung hinausging, z. B. der Koch vergiftet die Herrschaft mit den zubereiteten Speisen, ein Förster prügelt aus Rachsucht den ihm zur Dressur übergebenen Hund bei einer an sich sachgemäßen Züchtigung zu Tode. Auch Handlungen, die nur objektiv über den vertragsmäßigen Zweck hinausgehen, aber übrigens damit zusammenhängen, möchten vielleicht dahin gehören, z. B. vertragswidrige Überanstrengungen des entliehenen Pferdes.

Für diese Mittelfälle — mag man ihr Gebiet, worüber sich streiten läßt, weiter oder enger ausdehnen — kommt in der Tat eine Konkurrenz der Vertrags- und Deliktsregeln zur Anwendung. Ob im Sinne der Anspruchs- oder, wie Hellwig (oben γ) will, der Gesetzeskonkurrenz, ist eine schwierige, zweifelhafte Frage, der hier nicht näher nachzugehen ist. M. E. hat die Anspruchskonkurrenz mehr für sich. Das zeigt sich besonders, wenn ein Tatbestand die Interessen mehrerer Beteiligter verletzt. Zerschlägt z. B. der Untermieter fahrlässig beim Reinigen die Fensterscheibe, so haftet er zweifellos sowohl dem Eigentümer wie seinem Vermieter. Erzeugt aber in solchen Fällen derselbe Tatbestand zwei Ansprüche, so ist von einer Notwendigkeit bloßer Gesetzeskonkurrenz keine Rede mehr. Gegen sie spricht auch die Erwägung, daß möglicherweise die eine Haftung auf einen andern übertragen wird, die andere nicht. So z. B. in Bayern die besondere Haftung des Beamten nach § 839 auf den Staat, während die etwa daneben herlaufende Haftung aus § 823 dem Beamten verbleibt. Vom Standpunkt einer bloßen Gesetzeskonkurrenz wäre das nicht erklärlich. Kann aber derselbe Tatbestand zwei verschiedene Deliktsansprüche erzeugen — warum dann nicht auch einen Vertrags- und einen Deliktsanspruch nebeneinander?

Es bleibt aber noch ein weiterer Zweifelspunkt: wie, wenn in den Konkurrenzfällen der Haftungsmaßstab für das Vertragsverhältnis ein anderer war, als für die im

Tatbestand zugleich liegende unerlaubte Handlung? Wer die problematische Mittelgruppe zu γγ nicht anerkennt, für den entfällt die Frage, und jedenfalls ist ihre Wichtigkeit bei Ausscheidung der Gruppen αα und ββ stark gemindert. Immerhin erheischt sie Beantwortung. Viele Autoren entscheiden für die Abmilderung der Deliktsentsprechend der etwa schwächeren Vertragshaftung, so besonders Cosack § 163, I, 2, c, Enneccerus S. 842, Isay S. 401, Kuhlenbeck Nr. 8c zu § 823, v. Liszt S. 19, Rumpf S. 77, Schollmeyer S. 234, Stipanski S. 21, 46, s. auch Hellwig, Anspruch S. 98–9, Lehrbuch S. 266–7. Anders Crome aaO., Dernburg § 64 a. E., Golde S. 408, Kipp, DJZ. 03 256 Sp. 1 a. E., Langheineken S. 139, Weyl S. 268, ebenso, nur unter starker Einschränkung des Anwendungsgebietes der Anspruchskonkurrenz, v. Blume aaO., Endemann § 200 bei Anm. 13, C. Chr. Fischer S. 117, s. auch oben Nr. 4a zu § 276. Die von den Anhängern der Abmilderung geltend gemachten Gründe verlieren gegenüber dem eingeengten Gebiet der Konkurrenz an Gewicht und lassen sich dogmatisch nicht anerkennen; nirgends sagt das Gesetz, daß ein Tatbestand deshalb nicht nach §§ 823 ff. beurteilt werden soll, weil er auch ohnedies nach anderen Gesichtspunkten Ersatzpflicht begründen oder umgekehrt ersatzfrei sein würde. Das Vertragsrecht mag (so Hellwig) als lex specialis der lex generalis der §§ 823 ff. derogieren, aber doch nur für das Gebiet, wo bei der zu beurteilenden Handlung ausschließlich die Erfüllung einer Vertragspflicht oder Ausübung eines Vertragsrechts in Frage steht.

b) das zu a Gesagte gilt entsprechend, wenn die aus anderen Gründen vorhandene Ersatzpflicht außerkontraktlichen Ursprungs ist, z. B. auf einer Geschäftsführung oder ungerechtfertigten Bereicherung beruht, s. v. Liszt S. 14 ff., so besonders anerkannt z. B. in § 682.

c) Zweifelhaft ist auch das Verhältnis der Deliktshaftung zu der Haftung bei dinglichen Ansprüchen, s. Hellwig aaO., Siber, Rechtszwang S. 114 ff., 121. Man wird annehmen, daß die Regeln über die letztgenannte Haftung die spezielleren seien, neben denen für die abweichenden Sätze der §§ 823 ff. kein Platz bleibt, so auch RG. 56 Nr. 78 S. 316. Insbesondere lehnt § 995 eine Haftung in weiterem Umfang als nach §§ 987 ff. für die dort behandelten Fälle ab, nur im Sonderfall des § 992 soll die deliktische Haftung zur Anwendung kommen.

Aber es gelten, wie mit Siber anzunehmen ist, die Sonderregeln nur für den objektiv unrechtmäßigen Besitzer; für die Haftung des rechtmäßigen (titulierten) kommt zunächst das jeweils vorliegende besondere Rechtsverhältnis, dahinter nach Maßgabe des zu a) Gesagten auch die deliktische Haftung zur Anwendung. Nach §§ 823 ff. dürfte sich u. a. ausschließlich die Verantwortlichkeit des Untermieters gegenüber dem Eigentümer bestimmen: er ist bei befugter Untervermietung rechtmäßiger Besitzer auch dem Eigentümer gegenüber, seinem Eigentumsanspruch nicht ausgesetzt (s. § 986), steht andererseits zum Vermieter-Eigentümer nur in Bezug auf die Pflicht aus § 556 Abs. 3 in einem besonderen Verpflichtungsverhältnis — er haftet dem Eigentümer also wegen Beschädigung der Wohnung ausschließlich deliktisch, wobei die ordnungsmäßigen Gebrauchshandlungen im Sinne von § 548 wegen der Rechtmäßigkeit des Besitzes und Gebrauches mangels einer dabei unterlaufenden Fahrlässigkeit überhaupt keine Haftung begründen: sie sind indirekt als vom Vermieter selbst genehmigt zu erachten.

6. Keinen deliktischen Charakter hat **die Haftung auf das negative Vertragsinteresse**, s. darüber Bem. 8 zu § 307.

7. Das BGB. behandelt in §§ 823 ff. **nicht das gesamte Schadensersatzrecht**; es sind daneben bestehen geblieben nach dem Grundsatz des Art. 32 EG. die zahlreichen entsprechenden Bestimmungen der Sondergesetze, soweit sie nicht zum BGB. in innerem Widerspruch stehen, oder soweit sich nicht sonst daraus ihre Aufhebung ergibt.

Eine vollständige Aufzählung (s. M. S. 746) gehört nicht hierher; nur die wichtigsten mögen kurz erwähnt werden:

a) das Reichshaftpflichtgesetz vom 7. VI. 1871 mit den ihm durch EG. Art. 42 zu teil gewordenen Änderungen, vorbehaltlich der Modifikationen durch das Unfallversicherungsgesetz §§ 95–8.

b) die Bestimmungen des RStrGB. §§ 188, 231 (und der StrPO.) über Buße.

c) die zahlreichen Bestimmungen über Schadensersatz und Buße bei Verletzung von Urheber- und Patentrechten, Rechten an Marken und Warenzeichen.

d) die Bestimmungen des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb vom 27. V. 1896.

e) die Bestimmungen der Arbeiterversicherungsgesetze und der Gewerbeordnung.

f) die Bestimmungen des HGB., der KO. und der ZPO. (s. namentlich §§ 89, 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2, 817, 945) werden schon, weil in neueren Gesetzen enthalten, durch das BGB. nicht berührt.

g) zahlreiche Vorbehalte zugunsten landesgesetzlicher Bestimmungen auch in Bezug auf Schadensersatz enthält EG. Art. 69 ff.

8. Wegen des Gerichtsstandes s. ZPO. § 32 (Gerichtsstand der unerlaubten Handlung).

9. S. noch die Übergangsvorschrift in EG. Art. 170 — ferner wegen unerlaubter Handlungen im Auslande Art. 12 das.

§ 823.

Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

E. I 704, E. II 746, RV. 807. — Mot. S. 724—30, Prot. II S. 566—74, VI. S. 200 ff., D. S. 148—9.

Literatur: Dissert. von Schaufuß, Bonn 1899, und Müller, Halle 1900; Oertmann, in der Berliner Festschrift für Dernburg, 1900, S. 61 ff., Detmold, in der Göttinger Festschrift für Regelsberger S. 317 ff.

1. **Allgemeines:** Während der erste Entwurf in § 704 zunächst nach dem Muster des Landrechts und des Code ganz allgemein eine Verpflichtung zum Ersatze des einem andern zugefügten Schadens aufstellte und erst hernach noch besondere Bestimmungen über Verletzung fremder „Rechte" beifügte, geht der Entw. II und mit ihm das Gesetz von der Verletzung subjektiver Rechte oder doch Lebensgüter aus (Abs. 1) und fügt erst in Abs. 2 Verstöße gegen die objektive Rechtsordnung bei, die jemanden schädigen, ohne sein subjektives Recht zu verletzen.

Absatz 1 redet zunächst von den Lebensgütern **des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit** und stellt ihrer Verletzung die „**des Eigentums oder eines sonstigen Rechts**" gleich. Bei oberflächlicher Betrachtung möchte man annehmen, als ob damit **jene Lebensgüter**, wenigstens im Sinne der Schadensersatzpflicht, geradezu **als subjektive Rechte anerkannt** seien, indem sich die clausula generalis „oder ein sonstiges Recht" auf die fünf genannten Verletzungsobjekte zu beziehen scheint, so daß sie alle als Beispiele von Rechten genannt wären. Aber diese Auslegung ist grammatikalisch nicht nötig, da die Worte „oder ein sonstiges Recht" sich ebensowohl nur auf das vorausgegangene Wort „Eigentum" beziehen lassen; sie entspricht, wie **Planck** (I S. 57) nachgewiesen hat, auch nicht der Meinung der Kommission. Höchst auffällig wäre es auch, warum man bei der angeblichen exemplifikativen Aufzählung von Rechten nicht mit dem Eigentum, sondern mit in ihrer Rechtsqualität bisher bestenfalls nur teilweise anerkannten und von den Mot. S. 728 verneinten Dingen begonnen hätte. Es kommt hinzu, daß die Lebensgüter doch auf keinen Fall selbst Rechte sein, sondern höchstens ein Recht auf sie, ihre Betätigung angenommen werden

könnte. So auch die jetzt weitaus herrschende Lehre: Cosack § 165, I, 1a, Crome § 325, I, Endemann § 200 Nr. 2b (anders Aufl. 4 Nr. 2), Enneccerus § 359, Planck Nr. 2a, Rümelin, ArchZivPrax. **90** 238 Anm. 69, Schollmeyer S. 219 bis 220. Ebenso wiederholt das RG., s. ZS. VI vom 29. V. 1902, Bd. 51 Nr. 86 S. 372 (mit eingehender Begründung), ZS. I vom 27. II. 1904, Bd. 58 Nr. 6 S. 28—9. Anders freilich noch immer Dernburg § 383, II, 1, Löwenfeld bei Staudinger Aufl. 2, Bd. 1 S. 26—8, Hachenburg (Vorträge S. 153—4), Kuhlenbeck (v. d. Pand. zum BGB. II S. 357—8), Linckelmann (S. 18), v. Liszt (S. 22ff.), im Ergebnis auch Bierling, Prinzipienlehre III S. 211ff. Aber ihre Auffassung läßt, wie Bierling zugibt, sich zum mindesten nicht auf den Gesetzestext stützen, sondern es müßte auf andere Weise erwiesen werden, daß jene Lebensgüter wahre Rechte oder vielmehr Objekte von solchen seien. Dieser Beweis, dessen **Möglichkeit** man zuzugeben hat, ist aber bis heute noch von Niemandem geführt.

Der Streit hat praktische Bedeutung insofern, als nach der gegnerischen Meinung der in Abs. 1 gewährte Schutz aller Rechte sich auf andere, nicht mitgenannte Lebensgüter, da solche als Rechte anerkannt sein sollen, beziehen müßte. Also auch auf die Ehre, die in demselben Sinn, wie die Freiheit und Gesundheit, ein Persönlichkeitsrecht ist. So in der Tat Kuhlenbeck, auch Endemann (No. 28 a. E.; dieser freilich zweifelnd), unter Widerspruch von Linckelmann und v. Liszt. Aber das widerspricht nicht nur der Entstehungsgeschichte (s. Prot. S. 573, Ber. d. Reichst.-Komm. aaO.), sondern auch der Erwägung, daß die minder weitgehenden Sonderbestimmungen zum Schutz der Geschäfts- und Geschlechtsehre überflüssig, ja unverständlich wären, wenn die Ehre als solche bereits den Schutz aus § 823 Abs. 1 genösse. Es entspringen also Ersatzansprüche aus der Ehrverletzung nur in den Fällen der §§ 824—5, sowie, wenn der Angriff unter § 823 Abs. 2 fällt (s. unten Nr. 4).

Damit dürfte aber erwiesen sein, daß jedenfalls im Sinn des BGB. **nicht alle Lebensgüter Rechte sind**, sondern nur die in Abs. 1 besonders angeführten im Falle der Verletzung den Rechten gleich behandelt werden. Eine analoge Erstreckung des für das Leben usw. Bestimmten auf andere Lebensgüter, Grundrechte oder wie man sie sonst nennen mag, ist unstatthaft.

Die Bestimmung des Abs. 1 ist somit in zwei Teile zu zerlegen: Verletzung von Lebensgütern und von Rechten.

2. **Insbesondere die Verletzung von Lebensgütern.** Ersatzansprüche erzeugt die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung:

a) **des Lebens**; dahin gehört der Mord, der Totschlag, auch die Tötung im Duell, die fahrlässige Tötung.

b) **des Körpers**; dahin gehören alle Fälle der vorsätzlichen oder fahrlässigen Körperverletzung einschl. der mit tödlichem Ausgang (die freilich im Sinn von § 844 „Tötung" ist), die Ansteckung mit einer Geschlechtskrankheit (auch bei ehelichem Beischlaf!). S. auch OLG. Karlsruhe bei Seuffert 53 Nr. 86: Einsteigen eines mit ansteckender Krankheit behafteten Menschen in einen Eisenbahnwagen.

c) **der Gesundheit**; hierunter sind Gesundheitsschädigungen durch physische (Körperverletzung, Einsperrung) oder psychische Einwirkung (Beleidigung, Erregung von Schrecken) zu rechnen.

d) **der Freiheit.** Nach v. Liszt S. 24—5 gehören dahin nicht nur die Freiheitsentziehung im Sinne des Strafrechts (§ 239 StrGB.), sondern auch alle Nötigungen, Drohungen usw. (etwa bei Ausständen!), die die ungestörte Willensbestimmung des Einzelnen ausschließen oder beeinträchtigen. Ebenso Kuhlenbeck S. 358, Staudinger II, A, 2, c und dort zitierte.

Enger faßt das RG. den Begriff, s. ZS. VI vom 11. IV. 1901, Bd. 48 Nr. 29 S. 123, ZS. I vom 27. II. 1904, Bd. 58 Nr. 6 S. 28, aber ohne zu der auch von v. Liszt als wünschenswert erachteten Abgrenzung zu kommen. Die Verweisung auf das Erfordernis der Widerrechtlichkeit reicht nicht aus, da ja fraglich ist, wieweit die Einwirkung auf die Freiheit diesen Charakter habe. Material wird zur Abgrenzung die Auslegung des § 123 bieten, wo ein wichtiger Fall widerrechtlicher Einwirkung auf fremden Willen (Drohung) als Anfechtungsgrund aufgestellt wird, s. Bem. dazu.

Ferner werden wohl alle Fälle strafrechtlicher Drohung (§ 240) und Erpressung (§ 253) unter unsere Gruppe gehören. Andererseits zählen alle solche Antastungen der fremden Willensbestimmung nicht dahin, die nur Folge einer legitimen, nicht schikanösen (§ 226) Ausübung eines eigenen subjektiven Rechtes des Antastenden sind.

Eine weitere Abgrenzung kann wohl erst die Praxis anbahnen. S. auch Endemann § 200 Anm. 27.

3. **Die Verletzung von Rechten:**

a) Besonders genannt ist **das Eigentum**; jede Beeinträchtigung desselben, oder richtiger seines Objektes, bestehe sie in Entziehung, Vernichtung, Beschädigung, oder auch nur in dauernder oder vorübergehender Beeinträchtigung in der Ausnutzung des Rechtes, etwa durch zeitweilige Einziehung, Beschlagnahme u. dergl., s. Entsch. des RG. 22 Nr. 42 S. 208ff., gehört dahin. Auf Anmaßung eigenen Besitzes kommt hier, im Gegensatz zum dinglichen Eigentumsanspruch, nichts an; s. auch Schaufuß S. 56, 59.

Ferner genügen auch Eigentumsstörungen, etwa durch Halten bissiger Hunde, ständigen, die Benutzung hindernden ruhestörenden Lärm, Bordellbetrieb (dafür wiederholt die Praxis), s. z. B. OLG. Karlsruhe bei Seuffert 56 Nr. 199 S. 355, OLG. Celle das. 60 Nr. 11 S. 20, OLG. Colmar Rspr. V S. 386. Anders RG. 57 Nr. 56 S. 241, das einen Eigentumsangriff in solchen Fällen mit Unrecht ableugnet und Haftung nur nach § 826 annimmt.

b) Was vom Eigentum gilt, gilt auch mutatis mutandis von anderen **dinglichen Rechten, von Familienrechten** — auch der Ehebruch, die Entführung von Kindern macht den Täter ersatzpflichtig —, von **Urheber-, Patentrechten** usw. Auch die **Ausübung des Gewerbebetriebes** wird man dahin rechnen müssen: sie ist, im Gegensatz zu der allgemeinen, heute im Prinzip jedermann zustehenden Freiheit, ein Gewerbe zu beginnen, als ein wohlerworbenes Recht anzusehen, das gegen gewisse Antastungen dritter quasinegatorisch geschützt wird, namentlich auf Grund des Wettbewerbgesetzes (vom 27. V. 1896). So auch v. Liszt S. 22, Lobe, Kommentar zum UnlWG. S. 9ff., Oertmann, DJZ. 99 93ff., s. auch Endemann § 200 Anm. 24. Auch das RG. hat mit steigender Entschiedenheit diesen Standpunkt eingenommen; ZS. VI in Bd. 48 Nr. 29 S. 121 läßt es noch dahingestellt, deutlicher schon ZS. VI in Bd. 51 Nr. 86 S. 374, und ganz entschieden vollends ZS. I Bd. 58 Nr. 6 S. 29. Etwas zurückhaltender freilich wieder (aber keineswegs dagegen: es „mag" . . . anzusehen sein) ZS. VI in Bd. 56 Nr. 72 S. 275, skeptisch OLG. Hamburg bei Seuffert 60 Nr. 122 S. 228.

Das Recht auf den ungestörten Gewerbebetrieb ist vom RG. Bd. 58 insbesondere mit Recht verwertet worden für den Fall einer falschen Anmaßung von Patent- und Gebrauchsmusterrechten. Dagegen hat das RG. ZS. VI, 2. I. 1905, Bd. 60 Nr. 1 S. 1ff. es mit Recht abgelehnt, in der in Brockhaus Konversationslexikon enthaltenen Kritik des Haarwassers „Javol" einen Eingriff in das Erwerbsrecht von dessen Hersteller zu sehen.

Ist auch die allgemeine Freiheit in der Betätigung der Arbeitskraft („Arbeitsfreiheit") als Persönlichkeitsrecht anerkannt und somit durch § 823 Abs. 1 geschützt? Dafür mit beachtenswerten, aber de lege lata kaum durchschlagenden Gründen Riezler, ArchBürgR. 27 219ff., besonders 243.

Zweifellos gehören hierhin noch das **Namensrecht** (anerkannt in § 12), wie überhaupt alle **Persönlichkeitsrechte**, die von der Rechtsordnung **als besondere subjektive Rechte** ausgestaltet sind.

c) Immer werden aber **absolute Rechte** als mögliche Gegenstände der Rechtsverletzung vorausgesetzt. Die Verletzung eines obligatorischen Rechtes als solche ist niemals deliktischer Natur:

α) Das wird allgemein zugegeben — so von den Motiven S. 727, Cosack § 163, I, 2c, Endemann § 200 Anm. 10, O. Chr. Fischer (s. Vorbem.) S. 89ff., Kuhlenbeck S. 357, auch RG. 53 Nr. 50 S. 201; a. A. zwar de lege ferenda, aber nicht im Sinne von § 823, v. Liszt S. 10 — **für die Nichterfüllung einer obligatorischen Pflicht durch den Schuldner dem Gläubiger gegenüber.** Wäre sie als solche Delikt, so hätte die gesamte Sonderbehandlung der Nichterfüllung obligatorischer Pflichten keinen Sinn. Schon ihre ausführliche Regelung beweist, daß das Gesetz sie — als ius speciale — gegenüber dem Rechte der unerlaubten Handlungen besonders behandelt wissen will. Anders nur, wenn der Schuldner dabei zugleich den Tatbestand eines sonstigen Deliktes (etwa gegen das Eigentum) erfüllt, s. Vorbem. 5a.

β) Dagegen soll nach der Ansicht vieler, die sich auf den allgemeinen Wortlaut „oder ein sonstiges Recht" stützt, die schuldhafte Unmöglichmachung oder **Beeinträchtigung eines obligatorischen Rechtes durch einen dritten** unter § 823 fallen, so Cohn bei Gruchot 43 388, Cosack § 163, I, 1a, § 164, II, 1, Isay, Geschäftsführung S. 373—4,

Kipp=Windscheid S. 331, 887, Kuhlenbeck S. 357, v. Liszt S. 21, Meisner Nr. 3, Stammler S. 10.

Es würde sich also, wer eine verkaufte, aber noch nicht übergebene Sache zerstört, auch dem Käufer, wer ein Haus ansteckt oder die Fenster einwirft, auch dem Mieter, wer Früchte aberntet, auch dem Pächter, ja wer einen Dienstpflichtigen körperlich verletzt, auch dem Dienstberechtigten verantworlich machen.

Gegen diese Anschauung hat sich aber die überwältigende Mehrheit der Autoren erklärt, so v. Blume, Recht 05 483, Dernburg § 383, II, 2, Eck S. 601, Eltzbacher, Rechtswirksames Verhalten S. 287, Endemann § 200 Anm. 10—1, 15—6 (etwas anders früher Aufl. 4 Anm. 7—8), Fischer=Henle Anm. 8, Goldmann=Lilienthal S. 892 Anm. 52, Jung S. 30, Linckelmann S. 21, Matthiaß S. 709—10, M. Rümelin, ArchZivPrax. 90 239, Neumann Nr. V, 2, Schollmeyer S. 220, Staudinger Nr. II, A 2 od, Titze, Unmöglichkeit S. 328ff.; ferner die besonderen Schriften von O. Chr. Fischer (s. Vorbem.), bes. S. 132ff., Oertmann in der zu Eingang genannten Festschrift, sowie die Dissertationen von Burkhardt, Schadensersatzanspruch des Forderungsberechtigten, Tübingen 1901, Schaufuß, Bonn 1899, Müller, Halle 1901. S. auch Mot. S. 727.

Einen vermittelnden Standpunkt nehmen einige Autoren ein, die zwar im allgemeinen der herrschenden Lehre folgen, aber ausnahmsweise dann eine Ersatzpflicht nach § 823 Abs. 1 anerkennen, wenn jemand unmittelbar auf das zwischen anderen bestehende Schuldverhältnis — nicht nur auf die dabei beteiligten Personen oder das Schuldobjekt — verletzend einwirkt, z. B. der Zedent im Falle des § 407, der unberechtigte Präsentant eines Inhaber= oder Legitimationspapieres. So Crome § 325, Nr. II, 4b, Enneccerus S. 843, Hellwig, Anspruch S. 42-4, Lehrbuch S. 199, Otto, Sächs. Vorträge S. 316, Planck Nr. 2a a. E.

Die Praxis steht fast durchweg auf dem herrschenden Standpunkt, so besonders des RG. ZS. VI vom 29. II. 1904, Bd. 57 Nr. 79 S. 354ff. unter ausführlicher Begründung (in Bd. 57 Nr. 29 S. 142 war die Entscheidung noch dahingestellt gelassen). Ferner OLG. Celle, 26. II. 1901, Seuffert 56 Nr. 147 S. 264, OLG. München das. 56 Nr. 229 S. 438, LG. I Berlin, Bl. f. Rechtspfl. 01 72, weitere Angaben bei Warneyer zu § 823 Nr. II, 7. Den vermittelnden Standpunkt vertritt OLG. Colmar Rspr. IX S. 39.

Die herrschende Ansicht ist allein als befriedigend zu erachten. Für sie sprechen zunächst historische Gründe: die Verletzbarkeit des Forderungsrechts durch dritte widerspricht sowohl dem Römischen Recht (s. Windscheid § 455 Nr 17 und die dort angegebenen Stellen — nur zugunsten des Pächters findet sich eine singuläre Ausnahme) wie der bisherigen Praxis (Entsch. des RG. 9 Nr. 36 S. 166).

Die gegnerische Lehre wird ferner durch den Wortlaut des Paragraphen nicht gefordert. Freilich wird dadurch jedes Recht geschützt — aber nur gegen widerrechtliche Verletzungen, und es muß entschieden bestritten werden, daß ein dritter überhaupt im stande ist, das lediglich zwischen Schuldner und Gläubiger bestehende iuris vinculum der Obligation zu verletzen. Man kann zwar, je nachdem, die Person des Gläubigers, des Schuldners oder das geschuldete Objekt beschädigen, aber nie das unkörperliche Band des Schuldverhältnisses — mag es auch durch die Folgen jener Verletzungen, etwa wegen eingetretener Unmöglichkeit der Leistung, beeinträchtigt werden — selbst treffen. So auch Schaufuß S. 101ff.

Hinzu treten entscheidende Erwägungen praktisch=rechtspolitischer Natur, s. näher Oertmann aaO., auch Burkhardt, Fischer, Titze. Die Gegenmeinung würde das landrechtliche, von den Verfassern des Gesetzbuches mit Absicht ausgemerzte ius ad rem (s. allgemeine Vorbem. 3) auf einem Umwege wieder einführen, ja noch übertrumpfen, indem jenes wenigstens nur bei bewußtem Ansichbringen der einem dritten geschuldeten Sache Haftung eintreten ließ, s. auch das Beispiel bei Titze S. 335. Sie würde den Verletzer eines Gegenstandes, auf den ein dritter Anspruch hat, mit einer Mehrheit von schwer übersehbaren und schwer abgrenzbaren Ersatzverbindlichkeiten belegen und damit vielfach unbillig belasten, während andererseits den berechtigten Interessen des dritten (z. B. des Käufers vor der Übergabe) auch nach unserer Ansicht durch das Surrogationsprinzip des § 281 vollauf genüge geschieht. Die ganze Vorschrift des § 281 wäre für die Gegner unverständlich — was soll der Umweg einer Abtretung des Ersatzanspruches, wenn der Abtretungsberechtigte bereits aus eigenem Rechte sein Interesse wahren kann? Endlich: Die Gegenmeinung führt zu einem allgemeinen Ersatzanspruch des nur mittelbar Beschädigten, während doch das Gesetz diesem nur

in den nachweislich als Erweiterungen gedachten §§ 844—5 ausnahmsweise einen eigenen Ersatzanspruch verleiht. Im Sinne der Gegner verwandeln sich diese erweiternden ganz sinnlos in einengende Ausnahmen! S. auch Oertmann S. 84, Fischer S. 163. — Praktisch kann man der Gegenmeinung um so eher entraten, als der Besitz ein nach § 823 Abs. 1 geschütztes Recht darstellen dürfte (s. unten d), ferner der obligatorisch Berechtigte sich natürlich gegenüber den unter §§ 823 Abs. 2 und 826 fallenden Schädigungen seiner Interessen auf diese Vorschriften, die keine Rechtsverletzung voraussetzen, berufen kann.

Eher verdiente die Mittelmeinung Beifall. Aber auch für sie besteht kein Bedürfnis, indem § 816 bereits einen genügenden Ausgleich für alle die Fälle schafft, wo jemand durch Verfügung oder Leistungsempfang, die dem Berechtigten gegenüber wirksam sind, dessen Recht zum Erlöschen bringt (s. auch Endemann Anm. 11, Goldmann-Lilienthal S. 892 Anm. 59, v. Tuhr, DJZ. 00 349). Für krasse Fälle ist zudem wiederum durch §§ 823 Abs. 2, 826 gesorgt. Was soll daneben noch die überflüssige Häufung weiterer Ansprüche? Zumal gegen die Mittelmeinung auch beachtenswerte theoretische Bedenken bestehen, s. allgemeine Vorbem. Nr. 3 S. 1.

d) Ist der **Besitz** ein Recht im Sinn von § 823 Abs. 1? Wer ihm überhaupt die Qualität als Recht zuschreibt (s. die Literatur zu Buch III Titel 1), muß die Frage bejahen: denn er stellt, wenn überhaupt, ein absolutes Recht dar. Diese Ansicht dürfte in der Tat am meisten für sich haben: freilich ist der Besitz als solcher eine Tatsache, aber an diese Tatsache als solche knüpft das Gesetz ein gegen jedermann geschütztes Besitzrecht, das freilich gegenüber anderen Rechten „auf den Besitz" vielleicht weichen muß, aber während seiner Dauer zu respektieren ist (so auch neuestens Zitelmann, Intern. Privatrecht II S. 308ff.). Aber auch die Leugnung des Rechtscharakters zwingt nicht zur Verneinung der Frage. Denn jedenfalls ist der Besitz im Sinne des BGB. eine rechtliche Position, die gegen die Beeinträchtigung durch jeden dritten geschützt ist, und deren Verletzung das Gesetz ausdrücklich als „widerrechtlich" erklärt, § 858. Das dürfte zur Zubilligung des Schutzes aus § 823 Abs. 1 zureichen. So auch v. Liszt S. 21, Linckelmann, ArchBürgR. 13 88, Enneccerus, Staudinger, überhaupt die herrschende Lehre, anders freilich Planck Nr. 2a S. 608. Bejahend auch RG. ZS. V vom 28. XII. 1904, Bd. 59 Nr. 89 S. 328.

Dies Ergebnis ist wichtig für alle besitzenden obligatorisch Berechtigten, besonders den Mieter, Pächter, Entleiher, Verwahrer. Zwar nicht als Gläubiger, aber als Besitzer, sind sie des Schutzes nach § 823 Abs. 1 teilhaftig. Bei Abschätzung des ihnen durch Verletzung ihres Besitzrechts erwachsenen Schadens ist natürlich auf das zugrunde liegende Verhältnis zu achten (s. Kipp-Windscheid S. 887).

e) Gehören **ausschließliche Aneignungsrechte** unter die nach § 823 Abs. 1 geschützten „Rechte"? Man wird die Frage mit v. Liszt und Kuhlenbeck aaO. bejahen dürfen.

f) Wie, wenn nicht ein spezielles Einzelrecht verletzt, sondern **die Vermögenslage im ganzen** geschädigt ist? So z. B., wenn jemand mich betrügerisch zum Abschluß eines für mich ungünstigen Rechtsgeschäftes mit einem dritten veranlaßt hat. Die Frage ist zu verneinen, einmal, weil ein subjektives Recht am Vermögen als solchem neben denen an den einzelnen Stücken nicht nachweisbar ist, dann aber, weil nach der gegenteiligen Annahme die weiteren Bestimmungen des Abs. 2 und des § 826 fast gegenstandslos, weil schon durch Abs. 1 gedeckt, wären. Schutzlos bleiben darum derartige Beeinträchtigungen des Vermögens im ganzen nicht; sie werden durch die eben erwähnten Bestimmungen in den meisten, wenn auch nicht in allen Fällen gedeckt. Bedenklich erscheint freilich die Entscheidung von Fällen (s. den in Iherings Zivilrechtsfällen Aufl. 8 Nr. 28), wo jemand fahrlässig fremde geldwerte Entdeckungen und Geheimnisse ausplaudert.

Ein Schutz des Vermögens als solchen nach § 823 Abs. 1 wird denn auch fast allgemein abgelehnt; anders nur die vereinzelten neueren Verfechter der Lehre, die neben den Rechten an den einzelnen Vermögensobjekten noch ein allgemeines Recht am Vermögen als solchem anerkennen: Eltzbacher, Rechtswirksames Verhalten S. 330—3, Langheineken, Anspruch S. 156ff. — einer Lehre, die jedenfalls unserem geltenden Recht durchaus fremd, mit der Gegenüberstellung der beiden Absätze des § 823 durchaus unverträglich ist.

Wie hier die entschiedene Praxis, s. RG. ZS. I vom 15. III. 1902, Bd. 51 Nr. 20 S. 92 und vom 27. II. 1904, Bd. 58 Nr. 6 S. 28, wo diese Anschauung

als „anerkannt" bezeichnet wird. „Der Satz, daß man **allgemein** für fahrlässig verursachten Vermögensschaden haftet, ist dem BGB. fremd." Ebenso OLG. Königsberg bei Seuffert 57 Nr. 186 S. 327, OLG. Hamm vom 31. X. 1903, Rspr. VIII S. 17.

g) Auch bloß **bedingte Rechte** dürften den Schutz des Abs. 1 genießen, Enneccerus § 104, I, 2c. Allerdings wohl nur, wie auch Enneccerus will, nach Eintritt der Bedingung, nicht schon vorher unter Abschätzung des gegenwärtigen Wertes der bestehenden Anwartschaft. Diese Beschränkung, aus allgemeinen Erwägungen schwerlich abzuleiten, dürfte nach Analogie von § 160 unabweislich sein: denn unmöglich kann der bedingt Berechtigte gegen dritte stärker geschützt sein, als gegen seinen Gegner.

h) Ob das **Recht auf den Gemeingebrauch** an öffentlichen Sachen, Flüssen ein unter § 823 Abs. 1 fallendes subjektives Privatrecht sei, ist sehr zweifelhaft und bestritten. Dagegen neuestens mit guten Gründen Biermann, Die öffentlichen Sachen, Gießener Programm von 1905, besonders S. 44. Die Frage ist möglicherweise für die einzelnen Staaten verschieden zu beantworten — als vorwiegend dem Recht der vorbehaltenen Materie angehörig —, keinenfalls abschließend untersucht.

4. **Verstöße gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz (Abs. 2)**, s. dazu die Sonderabhandlungen von Detmold (oben am Eingang), Cohn bei Gruchot **43** 391 ff., E. Beling, Dissert. Jena 1904, vgl. auch Träger, Kausalbegriffe S. 376 ff., ferner Linckelmann S. 24 ff. und im ArchBürgR. **13** S. 79 ff., v. Liszt S. 30 ff.

Die gesetzliche Bezeichnung hat in ihrer alles und nichts besagenden Unbestimmtheit lebhaftes Mißbehagen und große Meinungsverschiedenheiten hervorgerufen. Zur Verständigung gilt es, mehrere zu beantwortende Fragen gesondert zu behandeln.

a) Was heißt **„zum Schutze eines anderen"**? Drei Ansichten sind möglich:

α) Die engste Auslegung hat zunächst Linckelmann aufgestellt. Danach gehören unter Abs. 2 nur die Gesetze, die den Schutz **einzelner oder gewisser Personenklassen** gegenüber den ihnen von anderen drohenden Gefahren bezwecken, also z. B. die Schutzbestimmungen der Gewerbeordnung zugunsten der Arbeiter, die Bestimmungen des Strafgesetzbuches zugunsten des Vermögens und der Ehre; nicht aber auch die im Interesse der Gesamtheit gegebenen Vorschriften, z. B. zum Schutz der Staatsgewalt, der öffentlichen Sicherheit; namentlich auch nicht „die unübersehbare Masse der polizeilichen Bestimmungen, welche zur Sicherung des Verkehrs und im Interesse der öffentlichen Ordnung gegeben sind", S. 28. Ähnlich, mit vielfach neuen Gesichtspunkten, Lenel, DJZ. **97** 409, Detmold aaO. S. 317 ff., dann auch Dernburg § 383, II, Goldmann-Lilienthal S. 884 Anm. 17, G. Müller, Bl. f. Rechtsanw. **65** 379.

β) Nach der zweiten, herrschenden Ansicht ist eine solche Beschränkung nicht vorhanden; man erachtet es mit der Erklärung der Regierungsvertreter in der Reichstagskommission für selbstverständlich, daß „ein Gesetz, welches die Gesamtheit schützen soll, auch den einzelnen schütze", und hält dafür, daß der gegen ein überhaupt Schadensverhütung bezweckendes Gesetz Verstoßende dem dadurch unmittelbar Verletzten zum Ersatz seines Schadens verpflichtet ist. Doch darf es sich dabei nicht um solche Gesetze handeln, die nur der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung als solcher, zum Schutze des Staatswesens als juristischer Persönlichkeit dienen; wohl aber gehören diejenigen hierher, die „die Allgemeinheit" als Summe der einzelnen und damit indirekt jeden einzelnen schützen wollen. So Cosack § 163, II, 2a, Crome § 326, 3, Enneccerus S. 845, Eck S. 602—3, Landsberg S. 556—7 (mit Beispielen), Laß-Maier S. 11, v. Liszt aaO., Meisner S. 289, Otto, SächsVortr. 318, Schollmeyer S. 222, Träger S. 376 ff., im Grunde auch Endemann § 200 Nr. 3c, dessen Einschränkungen nach einer anderen Richtung gehen (s. unten b). So auch RG. 3S. VI vom 18. XI. 1901 bei Gruchot **46** 973.

γ) Es gehören dahin auch die zum Schutze der Gesamtheit als solcher, im Sinne einer Einheit, nicht nur im Sinne einer Vielheit aller einzelnen, erlassenen Gesetze. Diese radikale Ansicht ist, soviel ich sehe, noch niemals mit Bewußtsein vertreten worden; richtig ist nur, daß einzelne Vertreter der Ansicht zu β) sie von der zu γ) nicht scharf genug abheben und dadurch Mißverständnisse und Angriffe hervorgerufen haben. S. über den Unterschied zwischen der „organischen Gesamtheit" des Staates oder der Gemeinde und dem „Publikum als Gesamtheit" auch RG. bei Seuffert 53 Nr. 234 S. 425. Natürlich kann möglicherweise, wie auch Detmold S. 348 trotz seiner engeren Auslegung zugibt, dem Staate als juristischer Person der

Schutz des Abs. 2 zu gute kommen: wenn das Gesetz, dessen Verletzung in Frage steht, ihn als solchen schützen will. Die Anschauung zu β) läßt nur nicht aus derartigen Schutzgesetzen zugleich den einzelnen Bürger Ersatzansprüche herleiten.

δ) Der herrschenden Lehre gebührt allein Beifall Die Polemik der Gegner ist größtenteils ein Kampf gegen ein Phantom, indem sie durch Widerlegung der von niemandem verfochtenen Lehre zu γ) die davon grundverschiedene zu β) zu entwurzeln wähnen. S. als besonders handgreifliches Beispiel Goldmann-Lilienthal S. 885 Anm. 18, die gegen die Ansicht zu β) polemisieren und doch die „im Interesse aller einzelnen" erlassenen Polizeiverordnungen unter Abs. 2 einbeziehen. „Alle einzelnen" sind dasselbe, wie die Gesamtheit im Sinne der richtig verstandenen herrschenden Lehre (so auch Enneccerus S. 845 Nr. 2, v. Liszt S. 33, Träger S. 379). Gegen die sonstigen Bedenken Detmolds s. Träger S. 383.

Andererseits sieht die Lehre zu α) sich zu schwierigen, subtilen Unterscheidungen genötigt (s besonders Detmold S. 346—50). Macht man mit ihr Ernst, so schränkt sie das Anwendungsgebiet des Abs. 2 in höchst bedenklicher, zahlreiche Interessen schutzlos lassender Weise ein — es entfällt die Haftung wegen unterlassenen Streuens bei Glatteis, wegen Automobilfahrens auf gesperrten Straßen, wofern nicht wegen Voraussehbarkeit gerade der konkreten Verletzung Abs. 1 darauf anwendbar ist. Denn in beiden Fällen enthielt die unter Ersatzpflicht zu stellende Handlung doch nicht bereits, wie Detmold verlangt, eine Richtung gegen eine bestimmte Person.

ε) Zu den Schutzgesetzen gehören somit im einzelnen (s. auch die reichen Angaben aus der Praxis bei Staudinger III, A, 2b—e):

αα) Die meisten strafgesetzlichen Bestimmungen aus den §§ 159—305 StrGB., auch verschiedene andere daneben, nicht aber die meisten der in §§ 80—160 enthaltenen.

Besonders zählen zu den „Schutzgesetzen" als wichtige Anwendungsfälle die Strafbestimmungen gegen Mein- und Falscheid (s. wegen § 163 RG. ZS. VI. vom 1. XII. 1904, Bd. 59 Nr. 68 S. 236 und DJZ. **05** 169), Beleidigungen, §§ 185ff. (s. OLG. Hamburg Rspr. II S. 314), Betrug, §§ 263ff., Urkundenfälschung, §§ 266ff., Diebstahl und Unterschlagung, §§ 242ff. (dagegen ohne genügende Gründe Cohn aaO. S. 39). Aber auch die meisten Gefährdungs- und polizeilichen Delikte (Übertretungen) dürften dahin gehören, so § 367 Z. 8 (RG. Rspr. II S. 455), Z. 12 (RG. bei Gruchot **46** 973 und **47** 1004), Z. 14 (RG. 51 Nr. 42 S. 178).

ββ) Aber auch die zahlreichen **polizeilichen Bestimmungen** mit dieser Zweckbestimmung, einerlei auf welcher Rechtsquelle sie immer beruhen (auch Polizeiverordnungen); z. B. Gebote der Treppenbeleuchtung, des Straßenstreuens, so auch die Entscheidungen in Rspr. V S. 241ff.

γγ) Besonders auch die **Schutzbestimmungen der Gewerbeordnung** (§§ 120, 147) und verwandter Gesetze.

Dahin würde auch der Fall gehören, wenn ein Arbeitgeber seine Arbeiter den bestehenden Bestimmungen zuwider zur Alters- und Invalidenversicherung, zur Krankenkasse nicht anmeldet, s. Adam, DJZ. **04** 644; nicht minder der, wenn er das Einkleben von Beitragsmarken zur Invaliditätsversicherung unterläßt. So auch die vorwiegende Praxis, s. RG., 4. XII. 1903, Rspr. VIII S 177; OLG. Cöln, 14. X. 1903, das. S. 403; OLG. Hamm das. S. 405; anders nur für das ältere InvVG. vom 22. VI. 1889, nicht aber für das neue vom 13. VII. 1899, OLG. Cöln, 6. XII. 1902, Rspr. VI S. 247. Lediglich unter dem Gesichtspunkt fehlender Vertragsverletzung lehnt die Haftung ab OLG. Kiel, 16. X. 1903, Rspr. VIII S. 403, während die Ablehnung der Haftung durch OLG. Kiel, 25. XI. 1905, Recht **05** 646—7, nur darauf beruhte, daß der Arbeitgeber dem Arbeiter Geld gegeben hatte gegen das Versprechen eigener Einklebung. S. übrigens Appelius, ArchBürgR. **21** 20, Weyl, Verschuldensbegriffe S. 612, Rosin, Arbeiterversicherung II S. 474 (der § 280 heranzieht).

δδ) Aber auch **privatrechtliche Gesetze** sind nicht unterschiedslos aus dem Begriffe der Schutzgesetze ausgeschlossen (so auch Träger S. 378, Planck Nr. 3b, Landsberg S. 556, auch RG. 51 Nr. 42 S. 178, wo insbesondere dem § 909 BGB. ein solcher Charakter beigelegt wird; anders Cosack § 163, Enneccerus §§ 359—60, v. Liszt S. 32 und meine Aufl. 1). Denn auch privatrechtliche Normen können — man denke insbesondere an die mancherlei gerade deswegen als zwingend gestalteten Sätze des BGB. — den Charakter von Schutz- und Fürsorgebestimmungen zugunsten bestimmter sozialer Schichten oder auch des Publikums im allgemeinen aufweisen. Dahin würde vor allem § 138 zählen, dann die §§ 617—9, vielleicht auch § 226. Immerhin ist,

das wird man den Gegnern zugeben, nur eine relativ kleine Minderzahl privatrechtlicher Sätze hierhinzurechnen.

b) Immer muß es sich dabei **um Verletzungen dessen** handeln, **der gerade durch das fragliche Gesetz**, wenn auch nur als Mitglied des Publikums, **geschützt werden sollte**. Es haftet also der Hauseigentümer zwar dem Arzte oder Schneider, der infolge des unterlassenen Streuens auf dem Bürgersteige zu Schaden gekommen, auf der unbeleuchteten Treppe gefallen ist; nicht aber den Patienten oder Kunden, die dadurch indirekt geschädigt werden. Denn zu deren Schutz dient das Polizeigebot nicht. So auch Endemann § 200 No. 33 mit Beispielen, Eck aaO., OLG. Hamburg bei Seuffert 60 Nr. 54 S. 102, Rspr. V S. 241 ff.

Außerdem ist mit v. Liszt S. 32, Rümelin, ArchZivPrax. **90** 306, Endemann Anm. 31, ähnlich Träger S. 204, zu fordern, daß der Schaden, wie die Person, so auch das Rechtsgut betroffen haben müsse, dessen Schutz die übertretene Vorschrift zu dienen berufen war. Das Unterlassen der Treppenbeleuchtung z. B. kann haftbar machen, wenn ein Passant dort stürzt, nicht, wenn er wegen der Dunkelheit seine Taschenuhr nicht richtig liest und infolgedessen eine wichtige Konferenz versäumt. Wer bei Glatteis vor seinem Hause nicht streut, haftet nicht für die Droschke, deren sich der ängstliche Passant infolgedessen, um nicht zu fallen, bedient.

c) Abs. 2 verlangt vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoß gegen das Schutzgesetz, selbst dann, wenn seine Übertretung im übrigen auch ohne solche Momente möglich ist, wie vielfach bei polizeilichen Delikten, so auch schon bisher RG. Bd. 38 Nr. 48 S. 183, anders früher Bd. 17 S. 105. Es braucht indes nur der Verstoß als solcher, nicht die Schadenszufügung vorausgesehen oder voraussehbar gewesen sein. „Das Verschulden bezieht sich auf die Handlung ohne den Erfolg, also auf die Willensbetätigung (mit Einschluß der Unterlassungen) selbst", v. Liszt S. 35, ebenso Lenel S. 413, Rümelin aaO. S. 239, RG. (ZS. VI) vom 16. V. 1904 bei Gruchot **48** 925. (JW. **04** 408.) Ähnlich im Grunde auch die landrechtliche Bestimmung I 6, §§ 25—6. Dagegen die Ersatzpflicht aus Abs. 1 ist davon abhängig, „daß dem Täter diese Verletzung selbst zur Schuld anzurechnen war." Wie bedeutend ihre Folgen sein würden, braucht freilich in den Fällen von Abs. 1 nicht voraussehbar gewesen zu sein. Nur auf die Rechtsverletzung als Folge des Tuns, nicht aber auf die Tragweite dieser Folge muß die Voraussehbarkeit sich erstrecken. So auch v. Liszt S. 28, 60. Die abweichende Regelung des Entw. I, wie sie zum Teil dem Landrecht und der Lehre Iherings (Schuldmoment) entsprach, ist im Gesetze nicht wiederholt.

d) Daraus ergibt sich das inhaltliche Anwendungsverhältnis der beiden Absätze. Abs. 2 enthält eine teils objektive, teils subjektive Erweiterung des nach Abs. 1 gegebenen Haftungsgebietes.

α) Objektiv, indem Abs. 1 eine Verletzung von Rechten oder der vier besonders genannten Rechtsgüter erfordert, während Abs. 2 jedwede Schadenszufügung, Interesseverletzung im Sinn von §§ 249 ff. genügen läßt, ohne danach zu fragen, ob das verletzte Interesse Gegenstand eines (absolut geschützten) subjektiven Rechts geworden sei. Namentlich begründet **die Verletzung der Ehre** keinen Verstoß gegen Abs. 1, fällt aber in vielen Fällen — wenn damit eine kriminelle Beleidigung oder ein Verbrechen gegen die Sittlichkeit verbunden ist — unter den Begriff der „Verletzung eines den Schutz eines andern bezweckenden Gesetzes."

Dieser Unterschied zu α) wird nicht allgemein zugegeben, ihn müssen alle diejenigen leugnen, die entweder das Vermögen als solches zu den nach Abs. 1 geschützten Rechten rechnen (s. oben 3 f), oder die den Begriff des derartigen Rechtes mit rechtlichem Interesse oder „Rechtsgut" identifizieren, so v. Liszt S. 26, 33 (der freilich die Ehre trotzdem ausschaltet), Beling S. 48—55, Isay, Geschäftsführung S. 374 ff., s. dagegen das oben Gesagte.

β) Subjektiv **reicht die Haftung aus Abs. 2 weiter** wegen der geringeren Anforderungen an die haftbar machende Fahrlässigkeit, s. oben c. Wer bei Glatteis der Polizeivorschrift zuwider nicht streut, haftet nach Abs. 2 selbst dann, wenn er — etwa wegen eines heftigen Unwetters — nicht anzunehmen brauchte, daß jemand die Straße passieren und dadurch zu Schaden kommen würde. Dagegen haftet er auch aus Abs. 2 nicht, wenn er seinen nachweislich zuverlässigen (s. § 831) Portier mit dem Streuen beauftragt hatte, und dieser es aus Versehen unterließ.

5. **Subjekt des Anspruches:** Der Ersatzanspruch steht im allgemeinen nur dem **unmittelbar**, nicht auch daneben dem **mittelbar Verletzten** (z. B. den Angehörigen, die

der Verwundete nun nicht mehr alimentieren kann; der Versicherungsgesellschaft, die die Versicherungssumme an ihn oder seine Hinterbliebenen auszahlen muß, zu). Anders nur in den Fällen der Tötung zu Gunsten der nächsten Angehörigen, §§ 844 ff., möglicherweise auch nach § 826, v. Liszt S. 99. Die bisher zuweilen vertretene Lehre von einem allgemeinen Anspruch des bloß mittelbar Verletzten (so bei Hiestand, Der Schadensersatzanspruch des Versicherers gegen den Urheber der Körperverletzung oder Tötung des Versicherten, 1896), ist für das BGB. angesichts des klaren Wortlautes des Gesetzes noch unhaltbarer als bisher. Der Versicherer mag sich durch Abtretung des Anspruchs sichern lassen und sie event. im Versicherungsvertrag von vornherein vereinbaren.

6. Das nach Abs. 1 und 2 vertretbare Verhalten kann in einem positiven **Tun**, möglicherweise auch in einem **Unterlassen** bestehen. Daß auch ein solches verantwortlich machen könne, war schon in der bisherigen Theorie und Praxis anerkannt, wenn auch die Abgrenzung im einzelnen, sowohl für das Straf- wie für das Schadensersatzrecht, ungeheuer bestritten war, s. die Angaben bei Windscheid § 455 Nr. 9, ferner oben Vorbem. vor § 249 Nr. 4d. Soweit die Unterlassung nach dem dort Gesagten kausal ist oder als kausal gewertet wird, begründet sie bei Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen auch die Haftung aus § 823.

7. **Widerrechtlichkeit:** Daß die ersatzpflichtig machenden Handlungen des Abs. 2 als Verstöße gegen Gesetze stets widerrechtlich sein müssen, ist selbstverständlich. Aber auch bei denen des Abs. 1 wird „Widerrechtlichkeit" verlangt. Der Sinn ist nicht unzweifelhaft: gemeint ist entweder, daß jede der dort genannten Verletzungen ersatzpflichtig macht, solange sie nicht aus einem besonderen Grunde zu einer rechtmäßigen wird; oder aber, daß die Verletzungen überhaupt nur Ersatzpflichten hervorrufen, wenn sie gegen irgend eine sonstige gesetzliche Bestimmung des Zivil- oder Strafrechts verstoßen. Die erste Auffassung ist die herrschende: für sie erklären sich Jung S. 18; Endemann § 201 Nr. 2; Cosack § 163, I, 2a; auch v. Liszt ist offenbar dieser Ansicht. Man wird sie billigen müssen, teilweise schon deshalb, weil an sich jedes Eingreifen in „befriedete" (d. h. durch absolute Rechte geschützte) fremde Interessensphären rechtswidrig ist (Endemann), vor allem aber, weil das Wort „widerrechtlich" auch nach dem bisherigen Sprachgebrauch, namentlich des Strafrechts, diesen Sinn hatte. Ferner würde die Bestimmung des Abs. 1 wegen der Lebensgüter gar keinen Sinn haben, wenn sie erst durch die besonderen strafrechtlichen Schutzbestimmungen, die ihrerseits unter Abs. 2 fallen, ihre Anwendungsmöglichkeit erhielte. Jedenfalls ist der Begriff widerrechtlich ein rein objektiver, von dem weiteren subjektiven Haftungserfordernis des Verschuldens streng zu scheiden, so auch Weyl, Verschuldensbegriffe S. 361 ff.

Als widerrechtlich ist also jede Verletzung des fraglichen Rechtsgutes und Rechts anzusehen, die nicht besonders gerechtfertigt wird. Dies kann geschehen:

a) wenn sie in **Ausübung von Notwehr, unverschuldetem Notstand oder erlaubter Selbsthilfe** gemäß den Bestimmungen der §§ 227—31 geschieht. Dabei müssen objektiv die Grenzen der Notwehr innegehalten sein; bei Exzeß in der Notwehr liegt wenigstens, soweit der objektive Tatbestand in Frage kommt, Haftpflicht vor, da eine dem StrGB. § 53 entsprechende Bestimmung im BGB. fehlt, OLG. Karlsruhe Rspr. IX S. 39. Dagegen genügt nicht die Selbsthilfe des § 904 zum Ausschluß der Haftung. S. wegen der im Notstande verübten Personenverletzung auch Bem. zu § 844.

b) wenn der Täter zum **Eingriff ein besonderes subjektives Recht** hatte, sei es ein dingliches, sei es ein obligatorisches oder ein personenrechtliches (z. B. er erntet die Früchte des fremden Grundstücks als Nießbraucher, Pächter, Ehemann, Vater).

c) wenn der Eingreifer **durch sonstige gesetzliche Bestimmung** oder eine auf Grund solcher erlassene **Verfügung oder gerichtliche Entscheidung** zu seinem Tun berechtigt oder gar verpflichtet war, z. B. zwecks Vollziehung von Todes- oder Freiheitsstrafe, Anordnung von Untersuchungshaft; Einziehung zum Militärdienst; Freiheitsbeschränkung in den Grenzen der Erziehungs- und Zuchtgewalt; Pfändungen von Sachen durch den Gerichtsvollzieher. Am wichtigsten sind die Fälle, wo durch besonderes Amtsrecht oder -pflicht der Eingriff zu einem rechtmäßigen geworden war, z. B., wenn die Polizeibehörde den Unzuchtsbetrieb von Dirnen nur in bestimmten Straßen duldet — alsdann kein Ersatzanspruch der Hauseigentümer in diesen dadurch entwerteten Straßen, OLG. Hamburg 3. III. 1904, HansGZ. 1904 Beibl. S. 145. Auf Amtsrecht berufen können sich auch die Lehrer; s. über ihre Haftung H. O. Lehmann, Die Haftpflicht

der Lehrer, Vortrag, Marburg und die bei Weyl S. 168 zitierten; wegen der Turnlehrer (und Vorturner) Weyl, Haftung für Unfälle bei Leibesübungen, Sonderabdruck aus ZSchr. für Turnen und Jugendspiele, Leipzig 1901. Wegen der Haftung des Arztes, die zu schwierigen Fragen Anlaß bietet (s. auch unten d), s. v. Weinrich S. 34ff.; Hellwig, Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben, 1905, S. 1ff.; Rabel, Haftpflicht des Arztes, 1904. Ein näheres Eingehen auf alle derartigen besonderen Rechtsfragen bestimmter Berufe, wichtig und interessant an sich, ist nicht Aufgabe des allgemeinen Kommentars.

Natürlich schließt das Amtsrecht die Widerrechtlichkeit der Handlung nur soweit aus, als es objektiv reicht; darüber hinaus kann höchstens wegen des Mangels der subjektiven Voraussetzungen, insbesondere wegen entschuldbaren Irrtums, Haftfreiheit eintreten.

Nicht ohne weiteres geeignet, die Widerrechtlichkeit eines bestimmten Verhaltens zu beseitigen, ist dessen polizeiliche Duldung, so z. B. die des Bordellbetriebes in einem Hause, wenn dadurch das Eigentum der Nachbarn beeinträchtigt wird, OLG. Celle bei Seuffert 60 Nr. 11 S. 19.

d) Nach Entw. I § 706 sollte der Anspruch auch bei **Einwilligung des Verletzten** schlechthin wegfallen. Das ist in der zweiten Lesung als zuweit gehend gestrichen und in der Tat nicht unterschiedslos richtig. Es trifft allerdings, Dispositionsfähigkeit des Einwilligenden vorausgesetzt, fast ausnahmslos zu bei den Vermögensrechten, aber nicht unterschiedslos bei den Familienrechten und bei den Lebensgütern. Die Antwort wird im allgemeinen mit der von der strafrechtlichen Doktrin zu gebenden zusammenfallen, s. Binding, Handbuch §§ 148—9; Finger, Lehrbuch S. 413ff.; Keßler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1889, neuestens auch v. Lilienthal in der Heidelberger Festschrift für Bekker 1899, S. 1ff. Danach ist die Verletzung des Lebens durch die Einwilligung des Getöteten keinenfalls ihrer Rechtswidrigkeit enthoben, StrGB. § 216; nur wegen des Zweikampfs könnten Zweifel entstehen, insofern dessen Strafbarkeit möglicherweise ausschließlich auf dem Gesichtspunkte der dadurch gestörten öffentlichen Ordnung beruht (s. dazu Keßler aaO.); vgl. zum Zweikampf im Zivilrecht Höniger, Recht 01 223ff. Dagegen kann von einer rechtswidrigen Freiheitsverletzung bei solcher Einwilligung schwerlich noch die Rede sein. Bei Körper- und Gesundheitsverletzung ist die Frage zweifelhaft, doch wird für die Regel der Fälle die wirklich ernstlich gemeinte Einwilligung, wie die Strafe, so auch und erst recht die Ersatzpflicht wegfallen machen. Es verstieße vielfach geradezu gegen Treu und Glauben, wenn der zur Verletzung seine Einwilligung Gebende nachher vom Verletzten Entschädigung forderte.

Nur darf natürlich die Einwilligung nicht ihrerseits durch unerlaubte Mittel herbeigeführt sein, vergl. § 825. Bedenklich ist es aber, wenn v. Liszt daraus die Folgerung einer weitergehenden Einflußlosigkeit der Einwilligung zieht. Dafür kann man sich auch nicht auf § 1300 berufen. Hier bildet nicht die (gestattete) Beiwohnung, sondern der Verlöbnisbruch die ersatzpflichtig machende Tatsache.

Für grundsätzliche Wirkungslosigkeit der Einwilligung auch Laß S. 29, vermittelnd Weyl S. 612ff.: er läßt durch jene zunächst (nicht unbedenklich!) allgemein den Vorsatz aufgehoben sein, schlägt übrigens eine individualisierende Betrachtungsweise vor, bei der — wohl mit Recht! — auch eine Anwendung des § 254 in Frage komme. S. auch C. Chr. Burckhardt, Die Revision des Schweizer Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht, Sonderabdruck, 1903, S. 47ff.

Die ganze Frage zu d) bedarf dringend weiterer Klärung.

8. Neben das objektive wird für das Gebiet des § 823 als ausnahmsloses subjektives Haftungserfordernis das Verschulden gestellt, Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Dies im Sinne von §§ 276ff.; zu dem dort und oben Nr. 4 d Gesagten ist hier weiter nichts zu bemerken. Nur über den **Einfluß eines Irrtums** auf das Verschulden erübrigt noch zu handeln. Entgegen dem Entw. I ist darüber nichts besonderes bestimmt, indem der die Haftung in diesem Fall ausschließende § 707, weil selbstverständliche Konsequenz des erforderten Verschuldens, gestrichen wurde. Man muß demnach, wie auch aus inneren Gründen, annehmen, daß der **entschuldbare Irrtum** die Haftung ausschließe. Wann aber ein solcher vorliege, ist lediglich Tatfrage. So auch Jung S. 2, besonders v. Liszt S. 57.

Schwierig ist dagegen die Behandlung des **Rechtsirrtums**, s. Oertmann, Bl. f. RA. 67 1ff. Grundsätzlich steht er im BGB. dem Tatsachenirrtum gleich; insbesondere schließt auch

der Rechtsirrtum den Vorsatz aus, Oertmann aaO., Endemann § 201 Anm. 31, anders v. Liszt S. 54. Man muß näher scheiden:

a) Der Rechtsirrtum bewirkt, daß man die Qualität des verletzten Rechtes oder Rechtsguts als eines fremden nicht erkennt. Dann ist Vorsatz ausgeschlossen. Denn ein als solches nicht erkanntes Recht kann niemand vorsätzlich schädigen.

b) Er bewirkt, daß man fälschlich das Tun trotz Bewußtseins des dadurch betroffenen fremden Rechts oder Rechtsgutes für ein nicht widerrechtliches hielt, z. B. der Arzt hielt sich kraft eines Berufsrechtes zum Eingriffe für berechtigt; man hielt den Zustand der Notwehr oder des Notstandes in Unkenntnis ihrer rechtlichen Schranken für vorhanden.

Auch das dürfte den Vorsatz ausschließen; der in entsprechenden Fällen die Haftung anordnende § 231 will offenbar ein Sonderrecht der Selbsthilfe darstellen. Dafür spricht auch, daß § 707 nur als überflüssig, nicht als verfehlt, gestrichen wurde. S. Oertmann aaO. S. 47; Allfeld in der Rezension v. Liszt, KrVJSchr. 93 69—70. Einer Haftung wegen Fahrlässigkeit steht das Gesagte natürlich nicht im Wege.

9. Über den **Beweis** ist hier, anders als in § 282, nichts besonderes bestimmt. Somit muß der Verletzte das Vorhandensein der Haftungs-Voraussetzungen nachweisen, also insbesondere auch das Verschulden. Anders freilich für Gemeines Recht das OLG. f. Bayern bei Seuffert 53 Nr. 150 S. 272, wo bei objektiv widerrechtlichem Eingriff eine Vermutung des Verschuldens angenommen wird. Wie hier OLG. Rostock vom 23. XII. 1903, Rspr. IX S. 36, das dabei zutreffend bemerkt, der Kläger genüge seiner Beweislast durch Nachweis eines Sachverhaltes, der an sich die Folgerung eines Verschuldens des Beklagten rechtfertige.

Dagegen der Beweis der besonderen die Widerrechtlichkeit ausschließenden Momente liegt dem Beklagten ob (s. Nr. 7, ebenso Beckh, Beweislast S. 212—3). Wegen des Beweises des Kausalzusammenhanges gelten die allgemeinen Gesichtspunkte, s. Vorbem. 4 vor § 249), auch v. Weinrich S. 99ff. mit Angaben aus der Praxis. In den Fällen des Abs. 1 insbesondere hat das RG. bei Gruchot 48 924 eine Vermutung dafür, daß der Schaden gerade aus der nachweislichen Übertretung des Schutzgesetzes erwachsen sei, mit Recht verneint. S. ferner die Sonderbestimmungen in §§ 831—2 und 836.

10. Wegen der deliktischen Haftung für den ordnungsmäßigen Zustand von Häusern, Zugängen, Straßen ist eine ungemein zahlreiche Rechtsprechung entstanden, die aber so gut wie ausnahmslos auf die Besonderheiten der einzelnen Tatbestände zugeschnitten ist und daher mehr eine soziale als spezifisch juristische Bedeutung hat. Sie kann und braucht an dieser Stelle nicht näher gewürdigt werden, s. die Angaben bei Warneyer zu § 823 Nr. IX—XII.

§ 824.

Wer der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, hat dem anderen den daraus entstehenden Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muß.

Durch eine Mitteilung, deren Unwahrheit dem Mitteilenden unbekannt ist, wird dieser nicht zum Schadensersatze verpflichtet, wenn er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hat.

E. II 748, RV. 808. — Prot. II S. 637—8.

Literatur: Biberfeld bei Gruchot 42 367ff.

1. **Prinzip**: Der im Entw. II beigefügte § 824 enthält eine Sonderbestimmung gegen die „üble Nachrede", die andernfalls bei dem Fehlen eines subjektiven Rechts auf Kredit oder Fortkommen nur nach § 823 Abs. 2, d. h. im Rahmen der Bestimmungen des StGB. (§§ 186ff.), eine Ersatzpflicht begründen würde. Die Erweiterung der

Haftung durch § 824 besteht in zwei Punkten: der Kreis der Tatsachen, deren Behauptung ersatzpflichtig macht, wird wesentlich erweitert gegenüber der engeren strafrechtlichen Abgrenzung; dann aber und hauptsächlich trifft § 824 auch die Fälle bloßer Fahrlässigkeit: man haftet schon dann, wenn man die Unwahrheit der verbreiteten Tatsache nicht kennt, aber kennen muß. Nur hierfür, nicht für die schädigende Wirkung der Nachrede, wird das Kennenmüssen zum Eintritt der Haftung erfordert, v. Liszt S. 37, a. A. Kuhlenbeck Nr. 2.

2. Die Tatsachen müssen geeignet sein

a) entweder **„den Kredit eines andern zu gefährden"**; diese Formel nach dem Vorbild des StGB. § 187. Über den Begriff des Kredits s. Knies, Der Kredit, 1876, S. 1 ff.; man wird darunter im Sinne des § 824 (anders freilich wohl im Sinne der „Kreditgeschäfte", Oertmann, Handwört. Staatswiss. V S. 393 ff.) das öffentliche Vertrauen zu der Zahlungsfähigkeit des Betreffenden zu verstehen haben; § 824 bezieht sich wort- und sinngemäß auf den Kredit („eines andern") im subjektiven Sinne.

b) oder **sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen** herbeizuführen, s. § 842 und Bem. dazu.

Daß unter den Voraussetzungen zu a oder b auch die falsche Anschuldigung nach § 824 ersatzpflichtig machen kann, ist zweifellos.

3. **Verschulden:** Es ist überall dann anzunehmen, wenn die gefährdende Eigenschaft der behaupteten Tatsache ihrem Verbreiter erkennbar war, s. Träger, Kausalbegriff S. 211 ff.

4. Nach **Abs. 2** wird die Haftung für bloß fahrlässige üble Nachrede ausnahmsweise für ersatzfrei erklärt, wenn der Verbreiter oder Empfänger der Mitteilung **„an ihr ein berechtigtes Interesse hat"**. Dadurch sollen nach der Entstehungsgeschichte die Auskunftsbureaus gedeckt werden, deren Geschäftsbetrieb sonst sehr gefährdet würde bei der Unmöglichkeit, jedwede Fahrlässigkeit immer zu vermeiden. Aber auch andere Fälle gehören hierhin, z. B. der Gläubiger oder Verwandte eines andern warnt ihn, einem dritten Kredit zu schenken.

Dazu ist zu bemerken:

a) Als berechtigte Interessen sind mit dem RG. 51 Nr. 86 S. 378 anzusehen solche „Interessen, deren Wahrnehmung rechtlich erlaubt ist; die nicht dem Recht oder den guten Sitten zuwiderlaufen".

b) Das berechtigte Interesse muß objektiv bei einem der beiden bei der Mitteilung Beteiligten vorhanden gewesen sein; eine subjektive Richtung auf dasselbe genügt nicht, anders als nach RStGB. § 193, s. auch Biberfeld S. 387 ff.

c) Ebenso müssen die behaupteten Tatsachen dem Verbreiter wirklich unbekannt sein; wollte jemand eine ihm bekannte Tatsache der Wahrheit gemäß mitteilen, brachte aber seine Mitteilung schuldhaft in einen mißverständlichen, nach der Verkehrsanschauung mit anderer Bedeutung versehenen Ausdruck, so kommt ihm der Schutz aus Abs. 2 nicht zugute, so mit Recht RG. ZS. VI vom 3. III 1904, Bd. 57 Nr. 35 S. 157 ff. (in einem Medizinalkalender war bei der Adresse eines Arztes, der auch Naturheilverfahren betrieb, ein Zusatz gemacht, der darauf zu deuten war, der Betreffende betreibe dasselbe ausschließlich). Natürlich: die Unkenntnis bezieht sich in solchen Fällen nicht auf die behauptete Tatsache, sondern nur darauf, daß man eine solche Tatsache behauptet habe. Warum aber, wie das RG. aaO. beiläufig bemerkt, in einem solchen Fall auch die Anwendung des § 824 Abs. 1 ausgeschlossen sein soll, vermag ich nicht einzusehen. S. auch das wohl in derselben Sache früher erlassene Erk. des ZS. VI vom 10. VII 1902 bei Gruchot 47 943 ff.

d) Der Tatbestand des Abs. 2 beseitigt nur die deliktische Haftung, nicht auch eine etwa übernommene vertragsmäßige. Dem Auskunftsucher gegenüber kommt in der Regel allein diese in Frage, nur dem beauskunfteten dritten gegenüber die Deliktshaftung.

5. Die Haftung aus § 824 ist bei Vorhandensein der Voraussetzungen die gewöhnliche; der Anspruch kann gegenüber dauerndem schädigenden Verhalten gemäß dem in Vorbem. 4 Gesagten insbesondere auch auf Unterlassung oder Zurücknahme gerichtet werden, so z. B. bei öffentlichen Verrufserklärungen, RG. 56 Nr. 72 S. 286; s. auch RG. 57 Nr. 35 S. 157 ff.

6. Neben dem § 824 sind die einschlägigen Bestimmungen **des Gesetzes über unlauteren Wettbewerb** insoweit bestehen geblieben, als sie noch weiter gehen, s. Lobe, SächsArch. 7, SA. S. 8, Oertmann, ArchÖffR. 13 16, a. A. P. Schmid, Die

Gesetze zum Schutze des gewerblichen Eigentums, 97 273ff. Denn: lex posterior generalis non derogat priori speciali. — Das trifft zu bei § 6 des zitierten Gesetzes, der von einer Kenntnis oder Erkennbarkeit der Unwahrheit der behaupteten Tatsachen Umgang nimmt, nur die Verbreitung der objektiv unwahren Tatsachen erfordert (s. dazu freilich Träger S. 213, der weiterhin Kenntnis ihrer schädigenden Eigenschaft verlangt).

7. Der **Beweis** des Kennenmüssens als rechtsbegründender Tatsache trifft den Kläger, der für die rechtsausschließende Tatsache des Abs. 2 den Beklagten. Ebenso RG. 51 Nr. 86 S. 380; s. auch Sperl, Schadensersatz nach BGB., Sonderabdruck aus ÖstGZ. 02 12.

§ 825.

Wer eine Frauensperson durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt, ist ihr zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

RB. 809. — Ber. d. Reichst.Komm. S. 57—9.

1. **Prinzip:** Der vom Reichstag eingefügte § 825 bildet einen teilweisen Ersatz für die sonst aufgehobene gemeinrechtliche Deflorationsklage, geht aber, wie er dahinter zurückbleibt, in anderer Beziehung auch darüber hinaus:

a) Gewöhnliche Verführung genügt nicht, es müssen vielmehr **bestimmte unlautere Mittel** angewendet sein, entweder Hinterlist (s. dazu Weyl, Verschuldensbegriffe S. 469, 474: wohl gleichbedeutend mit „Arglist"; ferner v. Liszt S. 39), z. B. Vorspiegelung der Ehe, oder Drohung im weitesten Sinne: „Das Inaussichtstellen irgend eines Übels," v. Liszt aaO., z. B. der Tötung, Denunziation, oder endlich Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses: als Dienstherr, Arbeitgeber, Gläubiger, untersuchender Beamter, Vormund. Daß das Verhältnis ein rechtliches sei, wird nicht erfordert; ein Pfarrer, der seinen Einfluß auf die Pfarrkinder, ein Arzt, der den auf die Patientin mißbraucht, würde nach § 825 ersatzpflichtig werden. So auch Weyl aaO. S. 81, vgl. ferner Staudinger Nr. 3. Über den Begriff „Mißbrauch" s. Weyl S. 375ff.: er ist an sich etwas objektives, doch ist bei dem subjektivistischen Haftungsprinzip des BGB. anzunehmen, daß er im Sinne des § 829 eine subjektive Beimischung enthalte. Das bloße Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses genügt zur Haftung selbst dann nicht, wenn eine Verführung stattgefunden hat, OLG. Karlsruhe BadRpr. 04 148.

b) Es muß sich handeln um eine **Frauensperson**; auf Unbescholtenheit, Alter, Familienstand usw. kommt es nicht an. Verführung eines Knaben dagegen genügt nicht, doch kann sie als Delikt gegen die Gesundheit unter § 823 Abs. 1 fallen.

2. Wegen des erforderlichen Verschuldens s. auch v. Liszt S. 40, Cohn bei Gruchot 43 394, Träger, Kausalbegriff S. 214. Nicht verlangt wird die Voraussicht oder Voraussehbarkeit eines Schadens; wohl aber müssen die im Text bezeichneten Handlungen — die unerlaubten Bestimmungen zum Beischlaf — als solche, ihrem Begriff nach, vorsätzlich vorgenommen sein.

3. **Die Einwilligung der Frauensperson** schließt den Anspruch **nicht** aus; sie ist ja gerade in unlauterer Weise erzielt.

4. Der Anspruch geht auf **Ersatz** des entstandenen Schadens, z. B. die Person ist mit einer geschlechtlichen Krankheit infiziert oder sonst leidend geworden; ihr Bräutigam hat die Verlobung aufgelöst. S. nam. auch §§ 842, 847.

Ein wichtiger Schädigungsgrund wird die eingetretene **Schwangerschaft** sein; doch ist sie für den Anspruch als solchen kein Erfordernis.

5. Der Anspruch konkurriert vielfach, aber nicht immer, mit dem aus § 823.

§ 826.

Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

E. I 705, E. II 749, RV. 810. — Mot. S. 726—7, Prot. II S. 575—8, VI S. 202, D. S. 149—50, Ber. d. Reichst.Komm. S. 58.

Literatur: v. Liszt S. 42 ff., Jung S. 41 ff., Stammler, Richtiges Recht S. 474 ff. (mit reicher Kasuistik), Oertmann, DJZ. 03 325 ff., wegen der „schwarzen Listen" Brückmann, JW. 02 626 ff.

1. **Prinzip**: Der § 826 enthält eine theoretisch wie praktisch sehr wichtige Änderung des bisherigen Rechts im Sinne einer Erweiterung der Haftung auf an sich, objektiv, erlaubte Handlungen, nur wegen der dabei obwaltenden illoyalen Gesinnung. Ob die darunter fallenden Handlungen damit auch ohne weiteres rechtswidrig werden, ist zweifelhaft und bestritten. Dafür die meisten, besonders Planck zu § 226 Nr. 1, Bd. I S. 376, Landsberg S. 559 und alle Vertreter der unten bei Nr. 3 b bekämpften Lehre, auch meine Auflage 1 Nr. 4. Dagegen Goldmann-Lilienthal S. 887 Anm. 31, Oertmann, DJZ. aaO. Die Frage ist wichtig wegen der Fragen nach dem Verhältnis des § 826 zu § 226 sowie nach der Zulässigkeit der Notwehr gegen die aus § 826 ersatzpflichtig machenden Handlungen.

Für die Widerrechtlichkeit läßt sich weder der Text anführen, der eine Widerrechtlichkeit nicht erwähnt, noch das argumentum a fortiori aus der Ersatzpflicht, da das BGB. zahlreiche Fälle einer solchen aus erlaubten, teilweise ausdrücklich für erlaubt erklärten Handlungen kennt (s. §§ 122, 228 Satz 2, 904 Satz 2). Ebensowenig die Unterstellung unter den Titel der „unerlaubten Handlungen", da diese wenig passende Unterschrift auch sonst zahlreiche Fälle umfaßt, wo von einer Unerlaubtheit der Handlung keine Rede ist, s. z. B. §§ 833, 835, oben Vorbem. Nr. 1. Gegen die herrschende Lehre spricht andererseits der unlösbare Widerspruch, in den sie sich mit § 226 verwickelt. Denn da die Ersatzpflicht aus § 826 an wesentlich mildere Voraussetzungen geknüpft ist als die Rechtswidrigkeit aus § 226, insbesondere nicht einen ausschließlichen Schädigungszweck erfordert, würde sie für alle Rechtsausübungshandlungen den § 226 überholen, seine Einfügung ins Gesetz entgegen den Absichten der Gesetzgeber, die damit in eminentem Sinne etwas Neues bestimmen wollten, ganz unwirksam gestalten. Planck und seine Anhänger können dieser Konsequenz nur durch das verzweifelte Mittel entgehen, alle Rechtsausübungshandlungen von § 826 auszuschließen, s. dagegen unten Nr. 3 b. Außerdem wäre es unlogisch, eine objektiv rechtmäßige Handlung nur wegen eines besonderen subjektiven Momentes für rechtswidrig zu erklären, während doch sonst das objektive und subjektive Haftungserfordernis streng geschieden werden.

Das Gesagte ermöglicht auch, selbst solche Handlungen unter § 826 einzubeziehen, die gesetzlich ausdrücklich als erlaubt bezeichnet werden — Erlaubtheit und Ersatzfreiheit sind eben ganz verschiedene Dinge. Das gilt besonders von solchen Handlungen, die nach dem Wettbewerb- oder dem Urheberrechtsgesetz (s. besonders §§ 16 das.) für zulässig erklärt sind. Nicht als rechtswidrig, sondern obwohl, ja weil sie das nicht sind, unterliegen sie gegebenenfalls der Haftung aus § 826 (statt der sonst meist zulänglichen Haftung aus § 823). So auch grundsätzlich OLG. Cassel bei Seuffert 60 Nr. 8 S. 15 und besonders RG. ZS. VI vom 11. IV. 1901, Bd. 48 Nr. 29 S. 119 (§ 826 diene zum Schutz gegen illoyale, vom Sondergesetz nicht getroffenen Formen des Wettbewerbs).

2. **Die Haftung erfordert**:

a) **Schadenszufügung**, im weitesten Sinn gemäß §§ 249 ff., also irgendwie nachteilige Beeinflussung der Vermögenslage in ihrer Totalität, wie nach § 823 Abs. 2, nicht nur Verletzung eines besonderen Rechts oder Rechtsgutes im Sinne von § 823 Abs. 1.

b) **Vorsätzliche Schadenszufügung**. S über den Vorsatz Bem. 1 a zu § 276. Absicht ist danach nicht notwendig (so auch RG. 58 Nr. 55 S. 216), aber bloße Voraussehbarkeit genügt nicht. Der Vorsatz muß sich hier auf die Schadenszufügung selbst beziehen, nicht nur wie sonst auf den tatsächlichen Erfolg des Tuns (Weyl, Versch. Begr. S. 400), aber Voraussehbarkeit der Höhe des Schadens ist wiederum nicht erfordert. Ebensowenig Bewußtsein von der Qualität des Handelns als eines sittenwidrigen oder gar — was hier wegen der fehlenden objektiven Rechtswidrigkeit widersinnig wäre — rechtswidrigen. So auch Träger aaO. S. 214, Weyl aaO. S. 228.

c) Schadenszufügung in einer (objektiv) **gegen die guten Sitten verstoßenden** Weise. Was unter **guten Sitten** und unter einem Verstoß dagegen zu verstehen sei, läßt sich, wie so manche von der Rechtsordnung nicht geprägte, sondern aus dem Sprachgebrauch des Lebens entnommene Begriffe leichter fühlen, als in eine feste Formel bringen. Übrigens findet der Ausdruck sich bereits in allgemeinerem Zusammenhange in § 138 und ist dort näher zu untersuchen; auch die Auslegung der

§§ 226, 242 mag Material liefern. Sicher erscheint soviel, daß trotz des Wortlautes weniger an die tatsächliche Übung, als vielmehr an die Sittlichkeit, genauer die Moral als Regelung des sittlichen Verhaltens zu denken ist: das beweist schon der abwertende Ausdruck „gute Sitten". Stammler aaO. verweist insbesondere auf das soziale Ideal, die über den subjektiv-egoistischen Standpunkt hinausgehobene Objektivität der Zwecksetzung. Aber diese gewiß beachtenswerte Auffassung dürfte doch wohl vorläufig als hyperidealistisch einer Begrenzung bedürfen. Nicht jede Handlung, die bewußtermaßen nur das eigene Wohl verfolgt, verstößt darum gegen die Moral, wenigstens nicht gegen die derzeit herrschende (so auch RGZ. VI, 29. V. 1902, Bd. 51 Nr. 86 S. 369 ff., bes. 381 ff., und die dort referierte Entscheidung des Berufungsgerichts). Sie wird das im allgemeinen erst dann tun, wenn entweder unverhältnismäßig höherwertige Interessen den als solchen erkannten minderwertigen eigenen geopfert, oder wenn zur Durchführung der eigenen Zwecke moralisch verwerfliche Mittel angewendet werden (so auch RG. aaO), etwa Lügen, Drohungen, Spionage usw., sowie alles das, was man im Leben als „unlauteren Wettbewerb" bezeichnet. Allerdings genügt nicht eine Beobachtung der in den Kreisen des Handelnden tatsächlich geübten Sitte als solcher — denn nicht jede Sitte ist eine gute, vor dem Tribunal der Moral gerechtfertigte; so auch RG. ZS. VI, 11. IV. 1901, Bd. 48 Nr. 29 S. 125, ZS. V, 1. VI. 1904, Bd. 58 Nr. 55 S. 217. Aber andererseits kann von Moral wegen nicht eine besonders vornehme Gesinnung, eine unbedingte Wahrung der sogen. Kulanz verlangt werden. „Zwischen der Handlungsweise eines vornehmen Käufers und derjenigen eines Käufers, der im Geschäftsverkehre den Anforderungen der Redlichkeit und des Anstandes genügt, liegt ein Spielraum, der in den Grenzen der guten Sitten sich bewegt," RG. ZS. II, 16. X. 1903, Bd. 55 Nr. 90 S. 373, ebenso ZS. V aaO. 58 S. 217.

Den inhaltlichen Maßstab für das, was die gute Sitte erfordert, hat der Richter — natürlich unter tunlichster Rücksicht auf die Eigenart des Einzelfalles — „aus dem herrschenden Volksbewußtsein zu entnehmen; dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden," RG. ZS. VI cit. Bd. 48 S. 124. Doch ist dabei in weitem Maße den verschiedenen Anschauungen der verschiedenen Bevölkerungsklassen von dem, was gute Sitte sei, Rechnung zu tragen. Neben der natürlich vorhandenen allgemeinen Volks- gibt es auch eine besondere Berufs- oder Klassenmoral, die nicht anzuerkennen ungerecht und gefährlich sein würde. Anders freilich Dernburg § 393 Anm. 7, dem zuzugeben ist, daß nur auf Standessitten, nicht auf unbedingt verwerfliche Standesunsitten Rücksicht genommen werden kann (s. oben). Insoweit trete ich Baum (Gewerbegericht VIII Sp. 17 ff.) nicht bei, der eine Handlung unter allen Umständen nur dann nach § 826 Ersatzpflichten begründen läßt, wenn sie sowohl den Anschauungen der dadurch verletzten Klasse, wie denen der Klasse des Täters widerspricht. Wie hier Staudinger Nr. 3c.

Als Beispiel sittenwidriger Schädigungen möchten, unvorgreiflich der individualisierenden Beurteilung, zu nennen sein: vorsätzliche Preisgabe fremder Geheimnisse; vorsätzliche Vernichtung oder Ansichbringung von einem dritten geschuldeten Gegenständen, um dadurch diesen um seinen Anspruch zu bringen; Abtretung oder Erwerb einer Forderung (Inhaberpapiere, Wechsel), um dem Schuldner eine Einrede abzuschneiden, Mot. S. 754, s. den Fall des RG. 56 Nr. 79 S. 318 ff. (Weiterbegebung eines Wechsels, der nur zur Deckung für ein nachher nicht zur Ausführung gelangtes Geschäft gegeben war); Klavierspielen, um dem Stubennachbar seine Privatschüler abspenstig zu machen; schnelle Aneignung einer herrenlosen Sache, zu der schon ein anderer Anstalten getroffen hatte; schikanöse Anstrengung eines Prozesses; wissentlich unwahre Denunziation; schikanöse Ausübung eines Rechtes. Daß auch Unterlassungen unter § 826 fallen können, ist selbstverständlich. Im allgemeinen wird das Anwendungsgebiet des § 826 das der römischen actio doli umfassen, zu deren Ersatz er daher zugleich dient.

Ein hervorragendes, allerdings bei der hier noch mehr als sonst nötigen individualisierenden Beurteilung mit Vorsicht zu benutzendes Material für die Auslegung des § 826 bieten die zahlreichen bereits ergangenen Entscheidungen des RG. und der andern höheren Gerichte; s. besonders die bereits zitierten Erkenntnisse in Bd. 48 Nr. 29, Bd. 51 Nr. 86, Bd. 55 Nr. 90, Bd. 58 Nr. 55, ferner Bd. 53 Nr. 43 S. 171 ff. (ZS. VI, 11. XII. 1902), wo mit Recht der Fall unter Ersatzpflicht gestellt wird, „wenn jemand, um der von einem andern begonnenen oder beabsichtigten Herausgabe einer Zeitung den Postvertrieb abzuschneiden, unter dem von diesem benutzten oder in

Aussicht genommenen Namen eine Zeitung bei der Post anmeldet, deren wirkliche Herausgabe er nicht beabsichtigt und nicht zur Ausführung bringt." Dann RG. bei Seuffert 59 Nr. 103 S. 184: Auch die unberufene, auf Wahrheit beruhende Mitteilung von Tatsachen kann gegen die guten Sitten verstoßen, wenn sie nur in Schädigungsabsicht erfolgt ist. S. auch die Fälle unten Nr. 4.

3. Es handelt sich im Sinne des § 826 vorwiegend nicht um bereits an sich rechtswidrige Handlungen; sie unterliegen in den weitaus meisten Fällen schon der Haftung aus §§ 823 ff. Vielmehr ist an solche zu denken, die

a) entweder „kraft der allgemeinen Freiheit" an sich erlaubt sind: „rechtlich indifferente Handlungen"; auf sie beschränkten sich die Entwürfe.

b) oder die in Ausübung eines besonderen subjektiven Rechts vorgenommen sind, s. ReichstKommBer. S. 58.

Da aber nach § 226 die Rechtsausübung zur Schikane bereits für unzulässig erklärt ist, erheben sich über das Verhältnis der beiden Bestimmungen Zweifel. Viele wollen den § 826 aus § 226 einschränkend auslegen und bei allen Rechtsausübungshandlungen eine Ersatzpflicht nur unter den strengeren Voraussetzungen des § 226 (d. h. bei einer offenbar nur der Schädigung des andern dienenden Handlung) anerkennen. So besonders Planck I S. 376 und zu § 826 Nr. 2c, Cosack § 163, III, 2c, Blümner, Lehre vom böswilligen Rechtsmißbrauch, S. 200, Staudinger Aufl. 1 Nr. 3 (anders jetzt Aufl. 2 Nr. 1, 3c, 6), Kleinfeller, Z. f. Rechtspfl. Bayern II S. 3. Aber dafür fehlt jeder innere wie äußere Grund (s. auch oben Nr. 1). Die durch § 226 getroffenen Handlungen begründen vielmehr als „unzulässig" in der Regel schon aus §§ 823 ff. Schadensersatzansprüche, sodaß es für sie des § 826 nicht mehr bedurfte. Dieser trifft auch solche Rechtsausübungen, die zwar vorsätzlich einen andern schädigen, bei denen aber die Absicht nicht nur gerade auf diese Schädigung gerichtet, oder doch solche ausschließliche Absicht nicht nachweisbar ist. (Andererseits erfordert § 226 freilich keinen Verstoß gegen die guten Sitten und keine wirklich eingetretene Schädigung.) Wie hier Goldmann-Lilienthal S. 887 Anm. 31, Kisch bei Grünhut **29** 349–50, Pagenstecher, Rechtskraft, 1905, S. 389; Staudinger (s. oben); ebenso die Praxis: RG. 1. VI. 1903, Bd. 58 Nr. 55 S. 216 cit., OLG. Hamburg 15. XII. 1903 bei Seuffert 60 Nr. 147 S. 278.

c) Freilich ist es nicht ausgeschlossen, daneben auch objektiv widerrechtliche Handlungen nach § 826 zu beurteilen. Aber nötig wird dessen Heranziehung nur in solchen Fällen, wo die widerrechtliche, schädigende Handlung weder eines der Rechte oder Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 verletzt, noch gegen ein Schutzgesetz im Sinne des Abs. 2 daselbst verstößt. Solche Fälle sind nach der oben vertretenen weiteren Auslegung des § 823 Abs. 2 (s. Bem. 4 dazu) selten, häufiger nach der Lehre von Linckelmann-Lenel-Detmold.

Überall da jedenfalls, wo die Anwendung des § 823 Abs. 2 Bedenken erweckt, kann man als ultimum refugium auf § 826 zurückgreifen. So auch RG. 17. IV. 1905, DJZ. **05** 597 (Ersatzanspruch wegen eines bewußt falsch ausgestellten Dienstzeugnisses).

4. Zum Schluß sei hier noch auf einige teilweise für das moderne soziale Leben hochwichtige, aber in ihrer Berechtigung problematische Anwendungsfälle des § 826 hingewiesen:

a) Maßnahmen des wirtschaftlichen Interessenkampfes (Streik, Aussperrung, Boykott). Jedenfalls die beiden erstgenannten sind nicht ohne weiteres als moralwidrig zu brandmarken, sondern legitime Mittel im Kampfe der Interessen, Ausflüsse oder Korrelate der grundsätzlich gewährleisteten Koalitionsfreiheit. Das ist wegen der Aussperrung auch vom RG. wiederholt anerkannt, so besonders Bd. 54 Nr. 70 S. 256 (ZS. VI vom 26. III. 1903), Bd. 57 Nr. 96 S. 419 (ZS. VI vom 17. III. 1904).

Auch der Boykott eines Geschäftes oder einer Wirtschaft seitens einer Interessentengruppe, die damit einen wirtschaftlichen Gegner strafen, mürbe machen oder beseitigen will, ist an sich nicht moralwidrig, wenngleich er es vielfach, jedenfalls eher als die bisher genannten, im legitimen wirtschaftlichen Interesse öfters unvermeidlichen Maßregeln sein wird. Dahin gehört auch die individuelle Aussperrung eines einzelnen mißliebigen Arbeiters (Mieters), die nicht, wie die allgemeine, eine Art von nach § 152 GewO. statthaftem „Gegenstreik" darstellt. Nach Brückmann aaO. S. 626 ff. soll

die Einsetzung eines Arbeiters oder Mieters auf die sogen. „schwarzen Listen" regelmäßig einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellen, während Stammler S. 486ff. zutreffend auf die Besonderheiten der im Einzelfall damit verfolgten Interessen abstellt. Ebenso RG. aaO. 57 428, wo mit Recht auch auf die Schwere der verhängten Maßnahme einer-, des damit geahndeten Verhaltens andererseits als Beurteilungsmoment hingewiesen wird. Eine Arbeitssperre, die das wirtschaftliche Leben des Betroffenen „in weitestgehender Weise beschränkt und erschwert", ihn vielleicht die bisherige wirtschaftliche Betätigung aufzugeben zwingt, ist höchstens gegenüber sehr schweren Verfehlungen — etwa erheblicher Gefährdung der Berufsinteressen des Boykottierenden — moralgemäß, nicht ohne weiteres bei unbotmäßigem, ungebührlichem Verhalten. Überhaupt unstatthaft ist der nicht in Wahrung eigener berechtigter Interessen, z. B. nur zur Vernichtung eines persönlichen, politischen, religiösen Gegners, eines Konkurrenten als solchen, verhängte Boykott. Er wäre eine unbedingt moralwidrige Betätigung bloßen Rachetriebes.

Für den hier vertretenen mittleren Standpunkt in Beurteilung des Boykotts auch, neben dem RG., OLG. Hamburg, 2. XII. 1904, Seuffert 60 Nr. 122 S. 228, OLG. Posen Rspr. VIII S. 18, Staudinger S. 880.

Wie der Boykott ist auch der Fall zu beurteilen, wenn ein Arbeitgeber einen entlassenen Arbeiter beim Arbeitgeberverband denunziert, um seine Aussperrung hervorzurufen, RG. 57 419ff. cit.

Wegen des Kampfes des Buchhändlerbörsenvereins gegen die sogen. „Schleuderer" vgl. RG. 56 Nr. 72 S. 271; wegen des Falles der Nichtaufnahme einzelner Konkurrenten in einen gewerblichen Interessenverband RG. 60 Nr. 21 S. 94ff., besonders 102ff.

b) Ob wegen Bordellbetriebes nach § 826 Ersatz begehrt werden kann, ist zweifelhaft. Dafür RG. 57 Nr. 56 S. 241, ZS. V vom 9. IV. 1904 und, in derselben Sache, bei Seuffert 60 Nr. 36 S. 69, ZS. V vom 26. X. 1904, ferner OLG. Karlsruhe Rspr. II S. 457. Ebenso H. Meyer, Recht **01** 533, dagegen Kiefer das. S. 491, Friedrichs das. S. 587. In der Tat ist die bejahende Ansicht nicht unbedenklich. Mit Recht betont Friedrichs, daß im Sinne des § 826 der Vorsatz sich auf die Schadenszufügung, nicht nur auf die Moralwidrigkeit beziehen müsse. Ein Vorsatz in diesem Sinne aber ist mit dem Bordellbetrieb noch keineswegs notwendig gegeben; vielleicht hat der Bordellwirt sogar die Schädigung der Nachbarn durch strenge Kontrolle über das Treiben seiner Mieterinnen hintanzuhalten, seinem Lokal einen äußerlich möglichst anständigen Eindruck zu verschaffen versucht. Soweit der Bordellwirt das Eigentum der Nachbarn verletzt, kann er sich nach § 823 Abs. 1 verantwortlich machen, selbst bei bloßer Fahrlässigkeit, dagegen ist nach dem Gesagten eine auf § 826 zu stützende Haftung auch andern verletzten Interessenten gegenüber nur ausnahmweise anzuerkennen.

c) Der Vorschlag von E. Heilborn, DJZ. **03** 499, nach § 826 den Erheber des **Differenzeinwandes** haftbar zu machen, ist nicht ernst zu nehmen: wie kann das Gesetz die Erfüllungsweigerung einer von ihm selbst aus Gründen sozialer Zweckmäßigkeit für unklagbar erklärten Schuld als moralwidrig anerkennen?

d) Vielbesprochen ist neuestens die Frage, ob auch die Geltendmachung **der Rechtskraft** unter Umständen eine ersatzpflichtig machende Moralwidrigkeit enthalten könne. Dafür, falls der Vollstreckende die materielle Unrichtigkeit der Entscheidung gekannt hat, RG. StS. **34** 279ff., Rumpf, Iherings Jahrb. **49** 403, Dernburg, DJZ. **05** 463, Höniger daselbst S. 1005, Rehbein das. S. 1009—10 und das dort referierte Urteil des RG. vom 14. X. 1905, Staudinger S. 880—1. Anders Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, S. 78, Kleinfeller, Z. f. Rechtspfl. Bay. II S. 1ff., Pagenstecher, Rechtskraft S. 396ff. Ich sehe keinen grundsätzlichen Grund dagegen. Selbst wenn, was hier dahingestellt bleibe, die Rechtskraft materielles Recht zu schaffen vermag, soweit dasselbe vorher noch nicht vorhanden war, so ist nicht anzunehmen, daß dieses „Rechtskraftrecht" sakrosankter sei als anderes Privatrecht. Und dessen Vorhandensein schließt ja (s. oben Nr. 3b) die Anwendung des § 826 nicht unbedingt aus. Die Rechtskraft als solche steht dem Ersatzanspruch, der sich als neuer, erst nachträglich entstandener einführt, natürlich nicht entgegen. Selbstverständlich wird es indes gegenüber einer rechtskräftigen Entscheidung nur in besonders krassen Fällen möglich sein, § 826 zur Anwendung zu bringen.

§ 827.

Wer im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit einem anderen Schaden zufügt, ist für den Schaden nicht verantwortlich. Hat er sich durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt, so ist er für den Schaden, den er in diesem Zustande widerrechtlich verursacht, in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele; die Verantwortlichkeit tritt nicht ein, wenn er ohne Verschulden in den Zustand geraten ist.

E. I 708, E. II 750; RV. 811. — Mot. S. 731—2, Prot. II S. 579ff. D. S. 150.

Literatur: Schultze, ArchBürgR. 17 94ff., Weyl, Verschuldensbegriffe S. 575ff., s. auch Allfeld KrVJSchr. 43 67.

1. **Allgemeines**: Die §§ 827—9 handeln vom Ausschluß der Haftung aus subjektiven Gründen, und zwar 827 speziell von den Fällen der Vernunftlosigkeit und krankhaften Störung der Geistestätigkeit.

a) Die **Vernunftlosigkeit** des Täters schließt zwar nicht die Widerrechtlichkeit des Tuns, aber die Haftbarkeit aus. Dies nach dem Vorbild des StrGB. § 51, nur ist das dort erforderte Moment des Ausschlusses der freien Willensbestimmung hier nicht wiederholt. Ob das einen sachlichen Unterschied ausmache (s. darüber v. Liszt S. 48), ist zweifelhaft und wohl eher zu verneinen. Es kann umsomehr die bisherige Doktrin und Praxis des Strafrechts zur Auslegung verwertet werden.

Es fallen unter diese Gruppe vor allem das Handeln im Schlaf, in Schlaftrunkenheit, Nachtwandeln, Epilepsie, sinnloser Trunkenheit usw. Volle Aufhebung des Bewußtseins wird nicht erfordert, seine hochgradige Trübung erscheint mit v. Liszt S. 48 als ausreichend.

b) Die **„krankhafte Störung der Geistestätigkeit“** hat in § 827, mit Ausnahme der nicht erforderten Dauer, dieselbe Bedeutung, wie in der sonst wörtlich übereinstimmenden Formel des § 104 Nr. 2; es kann daher auf das dort Gesagte Bezug genommen werden, s. auch v. Liszt S. 49.

2. Der anormale Zustand muß vorhanden gewesen sein **im Augenblick der Tat**; nicht entscheidend ist derjenige der vielleicht erst später zutage tretenden Schädigung.

Der bloße Umstand, daß der Betreffende geisteskrank war, kann seine Ersatzfreiheit an sich nicht begründen; es ist das erweisliche Vorhandensein des krankhaften Zustandes gerade im Augenblick der Handlung unbedingtes Erfordernis der Ersatzfreiheit.

Andererseits schließt der bloße Umstand, daß die krankhafte Störung ihrer Natur nach vorübergehend war, die Anwendung des § 827 nicht aus, v. Liszt S. 47ff., Allfeld aaO. Das Erfordernis des § 104 Z. 2 bei der Entmündigung ist hier nicht wiederholt, und Satz 2 stellt gerade auf einen „vorübergehenden“ Zustand ab. Dieser muß aber auch im Sinne von Satz 1 genügen: nur für den Sondersatz 2 (Beschränkung der Haftungsfreiheit) ist das Moment des „Vorübergehenden“ von Belang, woraus mit Sicherheit zu folgern, daß im Sinne des allgemeinen Satzes 1 vorübergehende und dauernde Zustände gleichwertig seien.

3. Vom Ausnahmesatz des § 827 macht Satz 2 wieder eine **Ausnahme**. Der Täter soll aber auffälligerweise, anders als nach der strafrechtlichen Auffassung, unter den dort genannten Voraussetzungen nur haften, „als wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele.“ Bei solchen Tatbeständen, für die ein Vorsatz zur Deliktshaftung erfordert wird, wie zum Teil in den Fällen des § 823 Abs. 2 und überall nach § 826, behält es also bei der Ersatzfreiheit sein Bewenden.

Anders aber wiederum, wenn er sich gerade vorsätzlich in den Zustand versetzt hat, um die unerlaubte Handlung begehen zu können. Dann ist das darin nachher vorgenommene Tun selbst als vorsätzliches zu erachten, Kipp-Windscheid I S. 454, Allfeld S. 68 gegen Liszt S. 50—1. Die Worte „wie wenn ihm Fahrlässigkeit usw.“ beziehen sich auf die Begehung der Tat, nicht auf den Zeitpunkt des Sichversetzens in den normalen Zustand; ein Vorsatz

dabei wird keineswegs als bloße Fahrlässigkeit gedeutet. Satz 1 scheidet ja auch deutlich das fiktive Verschulden bei Begehung der Tat von dem wirklichen bei Herbeiführung des Zustandes.

4. Den **Beweis** der Voraussetzungen des Satz 1 muß der seine Nichthaftung darauf stützende Beklagte erbringen; demgegenüber hat der Kläger replicando das Vorhandensein eines unter Satz 2 gehörigen Falles darzutun. S. auch die näheren Angaben bei Weyl, Verschuldensbegr. S 586 ff.

§ 828.

Wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich.

Wer das siebente, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hatte. Das gleiche gilt von einem Taubstummen.

E. I 709, E. II 751, RV. 812. — Mot. S. 732—4, Prot. II S. 579 ff., D. S. 150.

1. **Allgemeines**: Wie § 827, handelt auch 828 von den subjektiven Voraussetzungen der Deliktsfähigkeit. Und zwar speziell:

α) **Kinder**, die das **siebente Lebensjahr** nicht vollendet haben, sind schlechthin deliktsunfähig. Dies nach dem Vorbild des Gemeinen Rechts, Landrechts und SächsGB. und entsprechend dem sie solange als geschäftsunfähig behandelnden § 104 BGB., während das StGB. § 51 die Unverantwortlichkeit bekanntlich auf das vollendete zwölfte Jahr ausdehnt.

β) **Jugendliche Personen zwischen sieben und achtzehn Jahren** sind bedingt verantwortlich, ähnlich wie die zwischen 12 und 18 Jahren zählenden nach dem RStrGB. § 56. Sie werden von der, an sich vorhandenen, Verantwortlichkeit dadurch befreit, daß sie bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hatten. S. dazu v. Liszt S. 51 ff. Es ist also entscheidend die geistige Reife „im Hinblick auf die im Einzelfall vorliegende Handlung“, während es auf die sittliche Reife (leider!) nicht ankommen kann. Nicht zu erfordern ist weder die wirkliche Erkenntnis der Verantwortlichkeit einschließlich der Folgen des Tuns selbst, noch auch nur die zu dieser Erkenntnis erforderliche spezielle Erkenntnis oder die „Voraussehbarkeit des Schadens“ — so v. Liszt aaO., Crome I § 109 Nr. 2 b. Vielmehr wird die Haftung erst dann ausgeschlossen, wenn der Jugendliche nicht die allgemeine Einsicht gehabt hat, die zur Erkenntnis der Widerrechtlichkeit oder Gefährlichkeit seines Tuns erforderlich war. So auch Planck Nr. 2 a, RG., JS. III, 51, Nr. 7 S. 32: unnötig ist, daß der jugendliche Thäter die Folgen seines Gebahrens hat voraussehen können, wenn er nur einzusehen vermocht hat, daß sein Tun „schwere Gefährdungen“ mit sich brachte; sowie RG., JS. III, 53 Nr. 39 S. 158—9: nicht erfordert wird wirkliche Erkenntnis der Verantwortlichkeit, die sogar bei fahrlässigen Delikten kaum denkbar ist, sondern die allgemeine zu dieser Erkenntnis erforderliche Einsicht, d. h. die geistige Reife, die den Handelnden befähigt, die im Gesetz vorausgesetzte Erkenntnis zu erlangen. S. auch RG. 10. II. 1904, JW. 04 202. Ähnlich OLG. Zweibrücken bei Seuffert 57 Nr. 214 S. 398; ferner OLG. Dresden Ripr. III S. 287, das aber die zur Erkenntnis der Gefährlichkeit des Tuns erforderliche Einsicht als zur Haftbarkeit nicht erforderlich erachtet.

Daß der Täter daneben vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben muß, ist selbstverständlich. Anzunehmen ist die Haftung u. a. dann, wenn der Minderjährige jemanden durch Vorspiegelung seine Geschäftsfähigkeit geschädigt hat. Die gemeinrechtliche Unterscheidung, wonach mündige Personen (über 14 oder 12 Jahre) überhaupt hafteten, und unmündige dann, wenn sie: „doli capaces“ waren, unter Vermutung solcher Kapazität bei den pubertati proximi, ist also hier verlassen.

Andererseits ist das System des StGB. zwar wegen der Voraussetzungen, aber nicht auch wegen der Wirkungen der Haftung befolgt: sind die Jugendlichen überhaupt verantwortlich, so ist ihre Haftung die gleiche, wie bei Erwachsenen.

b) **Taubstumme** haften ebenso wie die Jugendlichen (s. a. β).

2. **Beweis:** Die Voraussetzungen des Wegfalls der an sich begründeten Haftbarkeit müssen nach dem zweifelsfreien Wortlaut des Paragraphen die Jugendlichen und Taubstummen **beweisen**. Das enthält zwar nicht wegen jener, aber wegen dieser eine Neuerung gegen das StGB. (§ 58). So auch die durchaus herrschende Lehre, s. die Angaben bei Weyl, Verschuldensbegr. S. 587, wo auch einzelne gegnerische Stimmen vermerkt sind.

3. Wegen der **Haftung des Vertreters** s. §§ 832, 836 ff. — Gehörte eine gebotene Handlung zum Pflichtkreise des Vertreters, so wird wegen ihrer Unterlassung der Vertreter in der Regel überhaupt nicht haftbar, Mot. S. 734.

§ 829.

Wer in einem der in den §§ 823 bis 826 bezeichneten Fälle für einen von ihm verursachten Schaden auf Grund der §§ 827, 828 nicht verantwortlich ist, hat gleichwohl, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen dritten erlangt werden kann, den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmäßigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf.

E. II 752, RB. 813; Prot. II S. 579—93.

Literatur: Schwartz, Das Billigkeitsurteil des § 829, 1904; Dittenberger, Schutz des Kindes, 1903, S. 78 ff., Heinsheimer, ArchZivPrax. **95** 234 ff.

1. **Prinzip:** Die in § 829 enthaltene Ausnahme vom Verschuldungsprinzip enthält eine theoretisch und praktisch sehr bedeutsame Annäherung an die neuere Bewegung auf dem Gebiet des Schadensersatzrechts (s. über den Rechtsgrund der Haftung Merkel aaO. S. 158 ff., Sjögren, Jherings Jahrb. **35** 417 ff., Jung S. 50 ff., Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung S. 65 ff.). Sie ist zuerst im Entw. II § 752 aufgenommen, hier sogar in wesentlich weitergehender Art als nach dem nachher wieder vom Bundesrat abgeschwächten Gesetzestext. Es sollte nämlich auch der deliktsfähige Schädiger bei mangelnder Schuld, wie jetzt nach § 829 nur der deliktsunfähige, ausnahmsweise zur Ersatzleistung herangezogen werden können.

Übrigens ist die Bestimmung des § 829 nicht ohne Vorgang in der Gesetzgebung, schon Landrecht I. 6, §§ 41—2, ähnlich OestGB. ließen Kinder für den von ihnen verursachten unmittelbaren Schaden haften, wenn der Ersatz aus dem Vermögen der Aufseher oder Eltern nicht erlangt werden konnte.

2. **Voraussetzungen:** Die Haftung des § 829 trifft die bewußtlosen, geistig gestörten Personen, die Kinder, Jugendlichen und Taubstummen, die nach §§ 827—8 allgemein für den von ihnen angerichteten Schaden nicht verantwortlich sind. Sie alle aber nur unter bestimmten Voraussetzungen:

a) es muß der Schadensersatz **„nicht von einem** durch Gesetz oder Vertrag (Eltern, Vormund, Wärter, Erzieher, Lehrer) **aufsichtspflichtigen dritten erlangt werden können"**. Diese allgemeine Formel läßt für eine Unterscheidung, ob die Nichterlangung auf **rechtlichen** Gründen, weil kein dritter nach § 832 oder sonst haftbar ist, oder auf faktischen, weil der dritte zahlungsunfähig ist, keinen Raum. Bei teilweiser Fähigkeit des dritten kommt die Haftung aus § 832 wegen des Restbetrages in Frage.

b) **Die Billigkeit muß die Haftung nach den Umständen erfordern.** Wann dem so ist, hat das freie richterliche Ermessen unter Berücksichtigung aller Umstände festzustellen. Namentlich soll es auf **„die Verhältnisse"**, also neben den Vermögens-

auch die Standesverhältnisse ankommen. Allerdings wird dadurch unter Umständen „der Reichtum zu einem Haftungsgrund" (getadelt von Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie S. 388 No. 11), aber das hat für unser ethisches Bewußtsein in derartigen Fällen sowenig Verletzendes, daß es vielmehr dadurch geradezu gefordert wird, s. Unger S. 140.

Aber auch die anderen Umstände sind zu beachten, z. B. der Täter war der Grenze der Haftung nur noch wenig fern; ein fast siebenjähriger Knabe zerstößt einem Kameraden in ausgesuchter Bosheit das Auge; es ist sehr zweifelhaft, ob man den Täter noch als geistig krank bezeichnen darf; die Tat stand zu seinem geistigen Defekt nur in einer sehr entfernten Beziehung.

Schwierig und zweifelhaft ist die Frage, welcher **Zeitpunkt** für die danach anzustellende richterliche Billigkeitserwägung maßgebend sei; darüber vortrefflich Schwartz S. 20ff. Es ist z. B. denkbar, daß der Täter zur Zeit der Tat bemittelt war, aber später sein Vermögen verlor; ferner auch, daß er später — event. auch nach dem Urteil — zu neuem oder erneutem Reichtum gelangte.

Keinenfalls ist der Zeitpunkt der Tat entscheidend, Schwartz S. 22ff., dagegen sprechen Sinn und Wortlaut („. . . hat zu ersetzen, als die Billigkeit . . . erfordert", d. h. jetzt). Vielmehr kann nur der Zeitpunkt des Urteils entscheiden. Aber auch er nicht unbedingt. Schwartz legt dar, daß das Urteil die Höhe der Ersatzleistung nicht unverrückbar festsetze, sondern daß bei nachträglicher Verschiebung der Verhältnisse je nachdem Nachforderung oder Rückforderung stattfinden dürfe, S. 38ff. Für diese auch bei anderen Haftpflichtfällen vorkommende Erscheinung (s. jetzt ZPO. § 323) läßt sich neben deren Analogie hier auch der Wortlaut anführen.

Die Konstruktion mag zweifelhaft sein: entweder man schreibt den Urteilen in Schadensprozessen überhaupt oder in Fällen der hier einschlägigen Art nur einen provisorischen Charakter zu, oder man zerlegt den Anspruch aus § 829 „in eine Reihe selbständiger, dem Wechsel unterworfener und dann einander ablösender Ansprüche", die nur Subjekte, Grundlage und Ziel gemeinsam haben.

Auch der Tod der einen Partei kann die Abänderbarkeit des Urteils nicht ausschließen, insoweit noch in den Verhältnissen der Überlebenden eine Änderung weiterhin eintreten kann. Erst wenn beide gestorben und beerbt sind, ist die Feststellung unabänderlich geworden, Schwartz S. 142—3.

c) Dem Täter dürfen **nicht die Mittel zum standesgemäßen Unterhalt** oder zur Erfüllung gesetzlicher Unterhaltspflichten **entzogen** werden, s. über diese Begriffe Bem. 4 zu § 519.

d) Die Billigkeitshaftung tritt nur ein „in einem der in §§ 823—6 bezeichneten Fälle". Dieser Hinweis ist deshalb dunkel, weil dort überall Vorsatz oder Fahrlässigkeit als Haftungserfordernisse aufgestellt sind, diese aber dem Täter im Sinne des § 829 nicht eigentlich zur Last fallen können. S. dazu besonders Heinsheimer aaO., Brunswig, Handlungsfähigkeit des Geisteskranken (Rostocker Studien S. 148ff.), Rümelin, ArchZivPrax. **90** 238ff. In wesentlicher Übereinstimmung mit ihnen nehme ich an, daß auch den nach § 829 zur Verantwortung zu ziehenden Tätern gegenüber nicht vom subjektiven Haftungsgrunde Abstand zu nehmen ist Das ist einfach beim Vorsatz: denn vorsätzlich kann auch ein Geisteskranker, ein Kind handeln, schwieriger bei der Fahrlässigkeit. Hier wird mit Heinsheimer zu sagen sein: das Verhalten muß sich als ein solches darstellen, woraus dem Handelnden, von seiner persönlichen Unfähigkeit abgesehen, ein Vorwurf gemacht werden, S. 253—4. Es darf den inhaltlichen Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, deren Beobachtung man von einem in gleicher Lage befindlichen Handlungsfähigen hätte verlangen können, nicht genügen.

Für diese einschränkende Auffassung spricht Sinn und Wortlaut des § 829. Sie nur vermeidet es, diesen zu einem privilegium odiosum der Deliktsunfähigen werden zu lassen.

3. **Der Beweis** liegt wegen der das Billigkeitsurteil begründenden Tatsachen zu 2a—b dem Kläger, wegen der Einwendung zu c dem Beklagten ob. Letzteres ergibt die Natur der Sache und die Analogie der verwandten Bestimmung in § 519; aber auch die Wortstellung. Denn daß zwischen das hier zu ergänzende „sofern" und das „nicht" ein „ihm" eingeschoben ist, macht für die Beweislast keinen Unterschied, Planck I S. 49 Nr. 6. Anders Schwartz S. 149—50, der mit Rücksicht auf den ausgesprochenen Billigkeitscharakter der Vorschrift die Anwendbarkeit der formellen Beweisregeln darauf anzweifelt. Aber auf Billigkeit beruhen zahlreiche Sätze des BGB. Richtig ist freilich, daß der Partei kein Beweis über die Billigkeit des Begehrten als

solche auferlegt werden darf — aber anders steht es mit den konkreten Tatsachen, aus denen der Richter das sachliche Material für seine Billigkeitsentscheidung entnehmen kann.

4. Zweifelhaft ist die Frage, ob nicht aus § 829 auch umgekehrt die Möglichkeit abzuleiten sei, Ersatzansprüche der darunter fallenden Personen hintanzuhalten, wenn sie selbst den Schaden, freilich schuldlos, im Sinne von § 254 mitverursacht haben, und die in § 829 entwickelten Billigkeitsgrundsätze ihre Beteiligung an der Schadenstragung erheischen. Die Frage ist bereits oben zu § 254 Nr. 2eγ bejahend behandelt worden, sodaß sich weitere Darstellung hier erübrigt.

§ 830.

Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Das Gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat.

Anstifter und Gehilfen stehen Mittätern gleich.

E. I 714, E. II 753, RB. 814; Mot. S. 738, Prot. II S. 606, D. S. 150.

Literatur: Crome, Jherings Jahrb. 35 100ff., Binder, Korrealobligationen S. 593—5; Rumpf, Teilnahme an unerlaubten Handlungen, 1904; Träger, Kausalbegriff S. 286—7; Dissert. von Elsner, Greifswald 1891, Gramkow, Erlangen 1904.

1. **Allgemeines:** Daß bei mehreren Tätern einer deliktischen Handlung jeder in solidum hafte, ist im früheren Recht überall anerkannt, s. für das Gemeine Recht Windscheid § 455, Dernburg, Pand. II § 129 — die römische Kumulation der Haftungen bei der aquilischen Klage, l. 11 § 2 D. 9, 2, war als mit ihrer gemischt-pönalen Natur zusammenhängend längst außer Geltung, ferner Landrecht §§ 29—32, SächsGB. §§ 777—8, 1495—6, wegen des französischen Rechts s. Crome-Zachariä II § 415 No. 1b—e. Dem folgt das BGB. Es sind dabei mehrere Fälle zu scheiden und im einzelnen durchzugehen.

2. Der wichtigste und nächstliegende Fall ist der, daß mehrere **als Mittäter gemeinsam** die unerlaubte Handlung begangen, z. B. einen andern mißhandelt, bestohlen, eingesperrt haben. Soweit die Beteiligten überhaupt nach den Regeln der §§ 823ff. haften, ist jeder nach Satz 1 für den Schaden voll verantwortlich, und zwar ist die Haftung nach § 840 eine gesamtschuldnerische. Anders, wenn einer wegen entschuldbaren Irrtums, Geistesstörung oder aus anderen Gründen nicht haftet. Dann beschränkt sich die Haftung auf den oder die andern. S. dazu auch Rumpf S. 50ff.

Fraglich kann erscheinen, ob zur Anwendung des Satzes 1 Willensgemeinschaft bei Begehung der Tat erfordert werde? Der Wortlaut spricht nicht dafür; er verlangt nur die objektive Tatsache des gemeinschaftlichen Handelns, d. h. jeder muß an dem Vorgang, der als Ursache (s. Vorbem. 4 vor § 249) des eingetretenen schädigenden Erfolges zu bezeichnen ist, einen mehr oder minder (s. Abs. 2) weitgehenden Anteil gehabt haben. Ebensowenig rechtfertigt der Sinn die Aufstellung des Erfordernisses eines gemeinschaftlichen Planes, einer sogar subjektiv gemeinsamen Kausalität, mag sie auch in den allermeisten Fällen dieser Art vorliegen.

Andererseits genügt es nicht, wenn die mehreren denselben Erfolg jeder für sich selbständig hergestellt haben, z. B. zwei Wilddiebe bringen ohne Kenntnis von einander jeder dem Förster eine tödliche Wunde bei. § 830 Abs. 1 Satz 1 erfordert nicht nur Einheitlichkeit des Erfolges, sondern auch Gemeinschaftlichkeit der Herbeiführung; nur hierin liegt seine Besonderheit.

Genauer sind dabei wieder zwei Eventualitäten zu sondern: entweder war die Beteiligung der mehreren an der Herbeiführung des Erfolges eine notwendige, indem das bloße Verhalten des einzelnen dazu nicht ausgereicht hätte, z. B. zwei Knechte halten ein Tier fest, und dieses entflieht, da beide den Zügel loslassen; zwei Miteigentümer unterlassen das Streuen bei Glatteis. Oder das Verhalten des einzelnen hätte dazu bereits ausgereicht, z. B. zwei Dynamithelden zünden jeder die gelegte Mine an; zwei Nachtschwärmer schlagen eine Laterne ein.

Ob der Erfolg durch das gemeinsame Handeln unmittelbar oder mittelbar verursacht wurde, macht bei übrigens vorhandenem adäquaten Kausalzusammenhang natürlich nichts aus.

3. Weniger einfach liegt der Fall, wenn zwar auch mehrere „beteiligt" sind, **aber die unmittelbar schädigende Handlung selbst nicht gemeinsam verübt wurde.** Daß das BGB. diesen Fall von dem unter Nr. 2 besprochenen abgrenzt, ist aus dem Gegensatz von Satz 1 und 2 klar, die Grenzziehung aber bleibt schwierig und ist stark bestritten:

a) Sehr weit faßt v. Liszt den Bereich des Satzes, S. 76: es genügt Beteiligung an einem gemeinsamen Handeln irgend welcher Art, in dessen Verlauf einer der Beteiligten mittelst einer „in das gemeinsame Handeln hinein fallenden Handlung" den Schaden verübt. Beispiel: Einer von mehreren Ballspielern wirft ein Fenster ein. Aber das geht nach Wortlaut und Sinn viel zu weit (s. dagegen auch Träger S. 288). Wie kommt das Gesetz dazu, alle Beteiligten haften zu lassen, wenn ihr gemeinsames Handeln an sich nichts Gefährdendes, Verbotswidriges aufwies? Man wird sinngemäß zu „Beteiligten" hinzusetzen: „an einer unerlaubten Handlung", nicht „an einer (beliebigen) Handlung".

b) Das entgegengesetzte Extrem bildet die Ansicht von Dernburg § 386, III: er fordert wirklichen Kausalzusammenhang zwischen dem gemeinsamen Verhalten und dem Erfolg; eine allgemeine Beteiligung im Sinne des Strafrechts (etwa an dem Raufhandel, in dessen Verlauf jemand erstochen wird) genügt nicht. Gleichgültig ist nur die mehr oder minder entscheidende Weise der Mitwirkung. Aber das verwischt den Unterschied beider Sätze zur Unkenntlichkeit; bezieht sich doch Abs. 2, der den bloßen Gehilfen dem Mittäter gleichstellt, offenbar auch auf den ersten Satz von Abs. 1! S. dagegen auch Rumpf S. 66—7, während dem Dernburgschen Standpunkt nahestehen Crome § 338 Nr. 2, Schollmeyer S. 228, auch wohl Laß-Maier S. 53—4. Sie alle verlangen Beteiligung an der Schaden bringenden Handlung, also an der Herstellung des Erfolgs. Aber Satz 2 unterstellt ja gerade einen Fall, wo sich nicht feststellen läßt, wer diesen verursacht hat!

c) Eine andere Gruppe von Autoren vertritt, im einzelnen von einander abweichend, einen mittleren Standpunkt. Meine Aufl. 1 bezog die Beteiligung auf den allgemeinen Tatbestand, aus dem heraus die unmittelbar schädigende körperliche Handlung sich entwickelte. Beispiele: die Rauferei im Sinne des StGB. §§ 227, 367 Nr. 10, in deren Verlauf ein Beteiligter einen andern niederstach; die ohne Anwendung der erforderlichen Vorsichtsmaßregeln veranstaltete Jagd, in deren Verfolg ein Jäger einen Treiber oder einen Passanten anschoß. Aber, und dadurch unterschied diese Lehre sich von Liszt, dieser „allgemeine Tatbestand" müsse, um haftbar zu machen, selbst schon einen deliktischen Charakter aufweisen.

Angeschlossen haben sich dem Enneccerus § 366 Nr. 3, Rümelin, ArchZivPrax. 90 343, in der Sache ferner Rumpf S. 52, 64 ff, im Grunde auch, in verfeinernder Fortbildung, Träger S. 286. In der Tat ist diese Mittelmeinung notwendig, um den Unmöglichkeiten der beiden extremen zu entgehen. Die Beteiligung darf nicht schon als mittelbare Ursache des Erfolges erscheinen — sonst wäre Satz 2 überflüssig, sondern nur die Situation schaffen, gelegentlich deren der Erfolg von einem Beteiligten herbeigeführt ist. Andererseits muß sie selbst schon unerlaubt, deliktisch sein, so auch entschieden RG. ZS. VI, 30. VI. 04, Bd. 58 Nr. 90 S. 356 ff., besonders S. 361, ferner Goldmann-Lilienthal S. 900, s. auch Träger S. 286—7. Anders freilich außer Liszt auch Rumpf S. 68—70, der in ziemlich vager Weise „schuldhaftes Zusammenhandeln in Bezug auf den Erfolg" verlangt, aber einen deliktischen Charakter des gemeinsamen Handelns als unklar verwirft. Worin dieser bestehen könne, auch ohne daß Kausalzusammenhang mit dem Erfolge vorliegt, hat indes Träger gezeigt: es handelt sich dabei besonders um Gefährdungsdelikte, Übertretungen und Verstöße gegen **polizeiliche Anordnungen** irgend welcher Art, so z. B. Übertretung des § 366 Z. 7 RStGB., RG. aaO. S. 358.

Danach steht § 830 Abs. 1 Satz 2 im engsten Zusammenhang mit § 823 Abs. 2; wie dieser beschränkt sich auch Satz 2 auf den Fall einer Verletzung solcher Rechtsgüter, die gerade durch das Gefährdungsverbot geschützt werden sollten (Träger S. 287). Aber die Haftung geht darüber hinaus, indem sie nicht verlangt, daß zwischen dem verbotenen Tun und dem eingetretenen Erfolg Kausalzusammenhang bestehe. Die Besonderheit unseres Satzes — ebenso in beachtenswerter Ausführung Rumpf aaO., auch Binder, Korrealobligationen S. 593 — liegt also darin, daß er von einem

Beweise der Kausalität Abstand nimmt, zuungunsten der „Beteiligten" eine Art von vermuteter Kausalität schafft, die nur gegenüber einer erweislichen anderen Kausalität — wenn der wahre Täter zu ermitteln ist — zurücktritt. Anders meine Aufl. 1 Nr. 3b Abs. 2, wo die Bestimmung aus „dem Begriff der richtig verstandenen Kausalität" gefolgert wurde. In Wahrheit hat sie ihre besonderen — zureichenden — rechtspolitischen Gründe. Wenn freilich Rumpf aaO. sagt: es dürfe die Beweislage des Beschädigten nicht verschlechtern, daß seine Rechtsgüter statt von einem von mehreren verletzt werden, so ist das petitio principii. Denn es steht ja die Haftung jemandes in Frage, der nicht erweislich der wahre Verletzer ist. Ebensowenig beruht die Haftung auf der schuldhaften Gefährdung als solcher: denn dann müßten alle ohne Rücksicht auf die Ermittelung des eigentlichen Täters haftbar bleiben. Vielmehr sollen die zu einem gefährdenden Verhalten Zusammengeschlossenen für die Folgen der Beweisnotlage aufkommen, in die sie durch ihren die Entdeckung des Täters erschwerenden Zusammenschluß den Beschädigten gebracht haben.

Im einzelnen erledigt sich die Haftungsfrage demnach so:

α) Es wird festgestellt, wer von den Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht, wer z. B. den Schuß oder den Stich abgegeben hat. Dann haftet er allein, die andern sind haftfrei; das folgt aus Abs. 1 Satz 2 durch Umkehrschluß. So auch Goldmann-Lilienthal S. 899 Anm. 3, Binder, Korrealobligationen S. 593. Anders aber, wenn die mehreren nicht nur allgemein an der unerlaubten Handlung, sondern auch gerade an dem den Schaden (Tötung, Verwundung) unmittelbar herbeiführenden Angriff teilgenommen haben; dann kommt es nicht weiter darauf an, wer den letzten entscheidenden Griff, Schlag oder Stoß ausführte, neben ihm haften dann die andern als Gesamtschuldner, so RG. 23 Nr. 32 S. 158ff.

β) Es wird nur negativ ermittelt, daß einer oder mehrere unter den Beteiligten den Erfolg nicht herbeigeführt haben können — sie hatten z. B. bei der Rauferei, gelegentlich deren ein Teilnehmer erstochen wurde, kein Messer zur Hand. Dann müssen sie sinngemäß haftfrei bleiben; der Gesichtspunkt der vermuteten Kausalität, auf dem Satz 2 beruht, muß dem Gegenbeweis Raum lassen. Der Wortlaut ist, zugegeben, zweifelhaft. Wie hier Goldmann-Lilienthal S. 899, Anm. 4.

γ) Es läßt sich **eine Feststellung** zu α oder β **nicht** treffen: der Stecher oder Schütze wird nicht ermittelt (s. die vom RG. 1 Nr. 39 S. 89ff., bei Seuffert 47 Nr. 12 S. 23 und jetzt Bd 58 Nr. 91 S. 358ff. cit. entschiedenen Fälle). Alsdann sollen die Beteiligten nach Satz 2 haften, dies gemäß § 840 als Gesamtschuldner. Das war zwar bisher bestritten und wurde vom RG. in den angezogenen älteren Fällen sogar verneint — anders Seuffert 51 Nr. 263 S. 399 — aber diese Bedenken müssen hinfort hinter dem klaren Gesetzestext verstummen.

Verfehlt war die Annahme der Aufl. 1, daß die Haftung der Beteiligten im Sinne von Satz 2 eine Voraussehbarkeit des eingetretenen schädigenden Erfolges voraussetze, so auch anscheinend Rumpf aaO., dagegen Träger S. 287. Das Verschulden braucht sich vielmehr nur auf die Beteiligung an dem als solches erkennbaren gefährdenden Verhalten selbst zu beziehen.

4. Noch anders liegt der Fall, wenn nur **einer von mehreren**, zwischen denen **keine Verbindung** besteht, den Erfolg herbeigeführt haben kann, ohne daß festzustellen ist, wer. Z. B. es ist nachweisbar, daß A oder B den C bestohlen hat, aber nicht, ob A oder B: dann kann keiner haften. Ebenso ist zu entscheiden, wenn zwischen A und B zwar eine Verbindung vorhanden war, aber keine auf das gefährdende, rechtswidrige Verhalten gerichtete; z. B. zwei Kutscher machen eine Wettfahrt, und einer von ihnen überfährt einen Passanten (Crome S. 107 No. 4); zwei Freunde nächtigen in einer Alpenhütte, und einer setzt sie durch Nachlässigkeit mit dem Licht in Brand. S. dazu die nicht ganz unbedenkliche Entsch. d. RG. bei Seuffert 41 Nr. 93 S. 146.

Dagegen haftet wieder jeder, trotz Fehlens einer besonderen auf diesen Fall passenden Gesetzesvorschrift, wenn er für sich eine den Erfolg bewirkende schuldhafte Handlung vollzogen hat, z. B. mehrere Fabriken haben jede durch Entleerung von Giftstoffen in einen Bach einen Schaden verursacht; die Wilderer A und B haben unabhängig von einander auf den Förster C geschossen und ihn jeder tödlich getroffen. So auch RG. 16 Nr. 31 S. 144ff.

5. Haben zwar mehrere Täter durch gemeinsames Handeln zum Erfolg mitgewirkt, aber dieser „läßt sich zu gewissen meßbaren Teilen auf die Tätigkeit eines jeden Miturhebers zurückführen" (Crome S. 109), so wird man mit Crome und Enneccerus

§ 366 Anm. 1 nur eine anteilsmäßige Haftung annehmen. Denn man kann nicht sagen, daß sie einen und denselben Schaden verursacht haben; vielmehr fällt jedem ein abgegrenzter Schadensanteil zur Last. So wenn A 10, B 100 Stück Vieh auf eine fremde Weide gemeinschaftlich aufgetrieben haben. Anders freilich Rumpf S. 54 wegen der für den Verletzten bestehenden Beweisschwierigkeiten. Aber diese sind keineswegs immer vorhanden (z. B. A und B haben jeder eine Kuh aufgetrieben), und dann ist natürlich der Beklagte, da er eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel behauptet, beweispflichtig. Aber wenn der Beweis geführt ist, ergibt sich die hier verteidigte Lehre aus dem Wortlaut, mindestens dem Sinn von Abs. 1 Satz 2.

6. a) Nach **Abs. 2** sollen **Anstifter und Gehilfen** den Mittätern gleichstehen, also wie diese gesamtschuldnerisch haften. S. dazu Rumpf S. 55ff. Das entspricht dem richtig verstandenen Gemeinen Recht bei der aquilischen Klage, s. Dernburg, Pand. II § 131 No. 16, RG. Bd. 10 Nr. 39 S. 132. — Der Satz gilt auch für das Verhältnis mehrerer, unabhängig von einander auftretender, Anstifter zu einander, RG. 28 Nr. 38 S. 166.

Die Begriffe der Anstifter und Gehilfen ergeben sich aus dem StGB. §§ 48ff. und den Kommentaren dazu, sodaß sich eine weitere Untersuchung hier erübrigt. Der Grund für die Haftung ist darin zu suchen, daß derartige Personen, wie die eigentlichen Täter, nicht nur ein subjektives Verschulden trifft, sondern daß sie auch mit kausal gewesen sind zu dem eingetretenen Erfolg. Nur soweit beides der Fall ist, kann daher ihre Haftung reichen: der Anstifter zu einem Diebstahl haftet auch nicht zivilrechtlich für die Folgen eines anderen Deliktes, das der Dieb dabei verübte, es sei denn, daß dieses zur Einwirkung des Anstifters in adäquatem Zusammenhang (Vorbem. 4 vor § 249) stand. Das kann z. B. der Fall sein, wenn der angestiftete Einbrecher den Haushund tötet, den ihn ertappenden Wächter verwundet. Anders, wenn er z. B. eine Hausbewohnerin notzüchtigt. So mit Recht Rumpf S. 58.

Ob die Haftung des Anstifters durch Deliktsunfähigkeit des eigentlichen Täters in Frage gezogen werde, ist aus dem Gesetz nicht bestimmt zu entnehmen, aber wohl mit Dittenberger (s. zu § 829) S. 86 zu verneinen: Es genügt zur Haftung Teilnahme an einer nach ihren objektiven Merkmalen unter §§ 823ff. fallenden Handlung. Die subjektiven Erfordernisse bestimmen sich dann für jeden Beteiligten besonders.

b) Dagegen **haften Begünstiger und Hehler nicht** aus § 830, sondern höchstens aus dem in ihrem Handeln etwa zu findenden selbständigen Verstoß gegen die Bestimmungen der §§ 823ff. Es muß ihnen gegenüber also der Nachweis eines besonderen durch ihr Verhalten eingetretenen Schadens erbracht werden. Davon abgesehen können sie unter Umständen wenigstens nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung haftbar sein.

§ 831.

Wer einen andern zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der in Abs. 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.

E. I 711—2, E. II 754, RV. 815. — Mot. S. 736—7, Prot. II S. 557 bis 560[1], D. S. 150—1.

Literatur: Nöldeke bei Gruchot 41 S. 766 ff., dann die zu § 278 zitierten Schriften von Feder und Fischer; Brückner, Recht 01 343 ff., Isay, Geschäftsführung S. 401 ff.

1. **Prinzip:** Eine Haftung des Herrn für die Delikte seiner Angestellten ist, von den Fällen einer culpa in eligendo und in inspiciendo abgesehen, dem Gemeinen Recht (Windscheid § 455 No. 15), Landrecht (I, 6, §§ 53, 64—5) und SächsGB. § 779 fremd; nur der Code Art. 1384 nimmt eine Verantwortlichkeit sogar ohne eigenes Verschulden an. Während der Entw. I auch hier dem Gemeinen Recht folgte, haben Entw. II und BGB. einen Mittelweg eingeschlagen: der selbst schuldlose Herr soll für die Angestellten nicht haften, aber **er muß seine Schuldlosigkeit beweisen**; ähnlich in §§ 832, 834, 836. Er kommt hier also besser weg, als wenn er jemanden zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bestellt, da er nach § 278 für dessen Verschulden schlechthin haftet.

Aber er steht in zweifacher Beziehung schlechter, wie er nach allgemeinen Grundsätzen, ohne § 831, stehen würde: es wird bis zum Gegenbeweis vermutet einmal ein eigenes Verschulden des Bestellers, dann ein Kausalzusammenhang zwischen diesem vermuteten Verschulden und dem eingetretenen Schaden, so gut Fischer S. 89.

2. Die Anwendung des § 831 setzt voraus:

a) Der Haftende muß einen andern zu einer Verrichtung bestellt haben. Es ist also zunächst der Begriff der Bestellung festzulegen. Unnötig ist dazu zweifellos eine feste oder vorübergehende Anstellung, Feder S. 92, Fischer S. 77, anders zu Unrecht Cosack § 164, I, 3. Ebensowenig kann ein Auftrag im technischen Sinne erfordert werden; vielmehr ist unter Bestellung zu verstehen das Betrauen einer Person mit einer gewissen Verrichtung, einerlei auf welchem Kausalverhältnis zwischen dem Bestellenden und Bestellten es beruht. Selbst daß der Bestellte übrigens Gehilfe eines dritten ist, schließt die Anwendung des Begriffes nicht aus, RG. 51 Nr. 48 S. 200. Gleichgültig ist dafür nicht minder, ob die Bestellung zu Rechts- oder nur tatsächlichen Handlungen, ob sie nur allgemein, oder speziell gerade zu dieser Verrichtung, ob sie entgeltlich oder unentgeltlich erfolgte. Es haften also der Dienstherr, Fabrikant, Prinzipal, aber auch der Auftraggeber, der Besteller eines Werkes; die Gesellschafter für die Handlungen des geschäftsführenden Sozius.

Auch das ist nicht zu erfordern, daß das zugrunde liegende Verhältnis rechtsgültig zustande gekommen sei, es genügt, wenn tatsächlich daraufhin gehandelt ist, Feder S. 92. Auch braucht die Tätigkeit der Bestellten keineswegs eine verhältnismäßig untergeordnete gewesen zu sein. Auch wer grundsätzlich nach seinen eigenen Intentionen zu handeln hat, kann darum doch „bestellt" sein, nämlich zu allen den Akten, die er nach freier Entschließung in den ihm übertragenen Wirkungskreis einreihen wird, natürlich nur, sofern sie dazu überhaupt eine inhaltliche Beziehung enthalten.

Daß der zu selbständiger Tätigkeit bestellte unter § 831 einzubeziehen sei, ergibt auch deutlich die unterscheidende Bemerkung in Abs. 1 Satz 2: „wenn der Geschäftsherr . . . die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat", die deutlich die Möglichkeit einer gegenteiligen Gestaltung dartut. So auch Goldmann-Lilienthal S. 901, anders freilich Crome S. 1050, Fischer S. 76, Staudinger Nr. 2aγ, auch RG. ZS. VI vom 17. IV. 1902, Bd. 51 Nr. 48 S. 201, weil § 831 nur einen solchen Besteller haften lasse, der dem Bestellten gegenüber die Stellung des Geschäftsherrn einnehme. Dieser Anschauung ist einzuräumen, daß die Haftung für einen selbständigen Bestellten nicht häufig praktisch werden dürfte, da der Entlastungsbeweis nach Satz 2 alsdann meist unschwer zu führen sein wird, sein Gebiet überhaupt inhaltlich eingeschränkt ist. Übrigens aber erweckt die Gegenmeinung schwere Bedenken. Gerade in den verantwortungsvollsten Fällen, wo der Tüchtigkeit des Bestellten das Wohl und Wehe zahlreicher und wichtiger Interessen anvertraut wird, würde sie den Besteller entlasten, statt ihn vielmehr mit weitergehender Garantie zu belasten. Soll der Verletzte dem selbst des Fahrens unkundigen Automobilbesitzer nachweisen müssen, daß er fahrlässig einen untüchtigen Chauffeur, der beim Einsturz eines Neubaus Beschädigte dem Bauherrn, daß er einen als untüchtig erkennbaren Baumeister bestellt hat? Außerdem würde die Abgrenzung der selbständig und der unselbständig Bestellten praktisch kaum durchführbar sein.

Eine Besonderheit gilt nur für den Staat und die sonstigen juristischen Personen, insofern das Handeln von sogen. Organen im Sinne des § 31 in Frage steht: sie sind nicht „andere" im Sinne des Gesetzes, stellen vielmehr in ihrem Wirkungskreise die juristische Person selbst vor und begründen daher deren unbedingte Haftung.

Für andere Angestellte, die nicht Organ sind, können dagegen auch juristische Personen nach § 831 haften, soweit übrigens die gesetzlichen Vorbedingungen erfüllt sind, z. B.

für Lehrer, Schuldiener (ebenso für den insofern wesentlich gleichliegenden § 278 OLG. Rostock bei Seuffert 58 Nr. 30 S. 56). Nicht aber haftet der Staat nach § 831 für die Schädigungen beim Postbetrieb, weil die postalische Haftung im Postgesetz vom 28. X. 71 ausschließend geregelt ist, OLG. Stuttgart 30. I. 1903, DJZ. 03 131.

Umgekehrt haftet überhaupt nicht deliktisch für den Vormund das Mündel, da es ihn nicht bestellt hat. Ebensowenig ist für den sonstigen gesetzlichen Vertreter, anders als nach § 278, eine Haftung begründet.

b) die Haftung tritt ein wegen des Schadens, „den der Bestellte in **Ausführung der Verrichtung** einem dritten zugefügt hat". Dazu ist zu bemerken:

α) Die bloß bei Gelegenheit der Verrichtung verursachten Schäden fallen nicht darunter; wenn das schon im Fall von § 278, wo eine solche beschränkende Klausel fehlt, angenommen werden kann, so muß es hier noch vielmehr und ganz zweifellos gelten. So auch Dernburg § 387, II, 2, Feder S. 97, Planck Nr. 2a, Staudinger Nr. 3b. Es haftet also nach § 831 nicht der Spediteur, dessen Leute bei Gelegenheit des Hereinschaffens der Möbel in die Mietwohnung den Weinkeller des Hausherrn plündern oder durch eine weggeworfene Zigarre einen Brand verschulden. Wohl aber haftet er wegen der dabei vorgekommenen Beschädigungen des Treppengeländers, der Tapeten und Fußböden. Denn sie sind gerade durch die Ausführung der Verrichtung entstanden. S. auch die interessante französisch-rechtliche Kasuistik bei Crome-Zachariae II, § 417, R. Merkel, Kollision rechtmäßiger Interessen, S. 175ff., die mehrfach abschreckende Beispiele dafür zeigt, wohin die Nichtbeachtung des aufgestellten Erfordernisses führe.

β) Muß aber gerade die den Schaden unmittelbar verursachende körperliche Handlung selbst „instruktionsmäßig" sein, in den Kreis der auferlegten Verrichtungen fallen, um die Anwendung des § 831 herbeizuführen? Diese Frage bejahen, hieße den Satz fast inhaltlos machen; es muß (Feder S. 97) offenbar genügen, wenn die schädigende Handlung „in den Kreis der Maßnahmen fällt, welche die Ausführung der Verrichtung darstellen." Z. B. ein Steinträger läßt absichtlich einen Stein niederfallen, um einen Vorübergehenden zu verletzen. Das Fallenlassen war ihm natürlich nicht aufgetragen, wohl aber diejenigen Manipulationen mit dem Stein, in deren Ausführung er das Delikt beging. Fischer S. 82 will das bei vorsätzlichen Delikten nicht Wort haben, da der Schaden hier nicht „durch die technische Eigenart der Verrichtung" hervorgerufen werde, sondern durch dieser ganz fremde Momente. Sein Beispiel ist freilich richtig: schleudert der Zimmermann sein Beil nach seinem vorübergehenden Todfeinde, so kommt § 831 nicht zur Anwendung, ebensowenig, wie wenn jemand zur Herbeiführung eines Brandes die Arbeitslampe umwirft. Denn das hing nicht mit den ihm aufgetragenen Manipulationen zusammen. Wo aber dieser Zusammenhang vorliegt, ist sofort anders zu entscheiden, z. B. der Brand wird von dem Arbeiter, dem das Anzünden der Lampe übertragen ist, durch Fortwerfen des Streichhölzchens vorsätzlich herbeigeführt, oder durch absichtliches Fallenlassen der ihm zum Forttragen übergebenen Lampe. Benutzt jemand eine ihm zustehende Verrichtung selbst zur Herbeiführung des Schadens, so haftet der Besteller nach § 831, nicht aber, wenn das Mittel der Schadenszufügung nur zugleich Mittel zur Herbeiführung einer anderweit übertragenen Verrichtung war.

c) Der Bestellte muß eine objektiv **widerrechtliche** Schädigung begangen haben in dem zu § 823 festgestellten Sinn. Daß bei ihm auch die subjektiven Voraussetzungen der unerlaubten Handlungen vorgelegen haben müssen, wird im Gesetz nicht ausgesprochen; ein solches Moment hineinzutragen, sind wir schon aus praktischen Gründen nicht berechtigt — wie oft hat der Angestellte selbst keine rechte Vorstellung von der Gefährlichkeit seiner Verrichtung! Auch der Rechtsgrund der Haftung aus § 831 führt nicht dahin, denn es handelt sich nicht (a. A. v. Liszt S. 102) um Haftung für fremdes, sondern um solche für präsumtiv eigenes Verschulden. Endlich beweist § 840 Abs. 2 die Untunlichkeit einer anderen Auslegung, denn er geht von der Möglichkeit aus, daß neben dem Besteller der Bestellte selbst nicht hafte, so auch v. Liszt aaO. (trotz seiner grundsätzlich abweichenden Auffassung); ferner in dem hier vertretenen Sinne Dernburg § 387, II, 3, Feder S. 100, Fischer S. 79, Isay, Geschäftsführung S. 389, Planck Nr. 2a a. E., Staudinger Nr. 3a, im Ergebnis auch Kipp-Windscheid S. 924 (freilich mit einigen Bedenken). Anders Cosack § 164, I, 3, a.

3. Der Besteller kann die Haftung **beseitigen durch den Beweis seiner Schuldlosigkeit** im Sinne von Abs. 1 Satz 2. Er muß dartun:

a) entweder die Beobachtung der „diligentia tam in eligendo quam in custodiendo". Und zwar einer im Verkehr erforderlichen Sorgfalt dieser Art; die Beobachtung der in dem besonderen Geschäftszweig üblichen genügt an sich nicht; eingerissenen laxeren Gepflogenheiten kann kein Freibrief gewährt werden, s. Prot. S. 604.

Natürlich muß die Sorgfalt inhaltlich um so höher gespannt werden, je gefährlicher, verantwortlicher die aufgetragene Verrichtung ist, ebenso OLG. Stuttgart DJZ. **03** 35, Rspr. IX S. 42. So ganz besonders bei Anstellung von Chauffeuren durch einen Automobilbesitzer, s. die überzeugende Darstellung im Erkenntnis des RG. ZS. VI vom 28. III. 1904 bei Seuffert 60 Nr. 7 S. 13.

Andererseits hat der Besteller der ihm obliegenden Sorgfaltspflicht dann in der Regel ohne weiteres genügt, wovon er eine amtlich approbierte oder bestellte Persönlichkeit (Anwalt, Notar, Arzt, aber auch Kofferträger, Dienstmann, Droschkenkutscher) ohne weitere Untersuchung zu einer ihrem Beruf entsprechenden Verrichtung heranzieht, Gegenbeweis des Verschuldens des Bestellers natürlich vorbehalten. Auch braucht er nicht etwa alle seine Arbeiter ständig persönlich zu überwachen, OLG. Stuttgart Württ. Jahrb. **16** 14 ff.

Die Sorgfaltspflicht, deren Beweis die Entlastung des Bestellers bewirkt, ist in Bezug auf die im Text genannten Punkte verschieden:

α) Die Sorgfalt bei der Auswahl wird dem Besteller unbedingt zur Pflicht gemacht;

β) die Sorgfalt bei der Beschaffung von Geräten oder der Aufsicht über den Bestellten dagegen nur hypothetisch: wenn ihm die Beschaffung oder Leitung obliegt. Ob das aber der Fall, bestimmt § 831 nicht; es ergibt sich aus der Eigenart des Verhältnisses, insbesondere der Natur des Bestellungsvertrages. Das folgt aus dem Text mit unbedingter Deutlichkeit, ebenso wiederholt RG. ZS. VI, vom 5. VI. 1902, Gruchot 46 Nr. 63 S. 921 ff. DJZ. **02** 461), vom 20. XI. 1902, Entsch. Bd. 53 Nr. 16 S. 53, vom 4. XII. 1902, das. Nr. 32 S. 125.

b) oder daß der Schaden „auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden" wäre; z. B. der Bestellte hat mit besonders großer, auch bei sorgfältiger Überwachung nicht entdeckbarer Raffiniertheit gehandelt. Hier rechtfertigt sich der Wegfall der Haftung zwar nicht wegen fehlenden Verschuldens des Bestellers, wohl aber wegen fehlenden adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen seinem Verhalten und dem Schaden. Abs. 1 Satz 2 a. E. hat also nur die Bedeutung, eine widerlegliche Vermutung für solchen Zusammenhang anzuordnen, im Gegensatz zu den allgemeinen Beweisregeln, Fischer S. 89, s. auch Feder S. 104, der den Wortlaut des Gesetzes mit Recht als mißverständlich tadelt: es kann nach dem Sinn nicht sowohl darauf ankommen, ob der Schaden auch bei pflichtmäßigem Benehmen entstanden wäre, als vielmehr darauf, ob er durch das pflichtwidrige entstanden ist.

c) Außerdem muß dem Besteller mit Kipp-Windscheid S. 890 und v. Liszt S. 103 der Nachweis seiner Deliktsunfähigkeit, im Sinne der §§ 827—8, zur Zeit der ihm obliegenden Sorgfaltsanwendung offenstehen. Natürlich: wer nicht einmal für nachweisliches eigenes Verschulden haftbar ist, muß erst recht auch der Haftung für bloß vermutetes entgehen. Aber § 829 ist selbstverständlich auch hier anwendbar.

4. Nach **Abs. 2** soll an Stelle des Bestellers oder neben ihm auch der haften, wer durch Vertrag — auftraglose Geschäftsführung genügt nicht — für jenen die Auswahl der Leute, Beschaffung der Vorrichtungen und Leitung der Ausführung übernommen hat; z. B. der Maurerpolier, dem die Beaufsichtigung der Maurer beim Bau obliegt, der Haushofmeister, dem die Leitung des Gesindes, der Betriebschef, dem die Anstellung und Überwachung der Arbeiter überlassen ist. Die Haftung dieser Personen hat denselben Charakter und dieselbe Begrenzung wie die des eigentlichen Bestellers. Ob dieser neben ihnen verantwortlich ist, bestimmt sich wieder nach § 831 Abs. 1: also er haftet, bis er beweist, daß er bei Anstellung und Beaufsichtigung dieses Vertreters die entsprechende Sorgfalt angewendet hat. Denn auch der Vertreter des Abs. 2 ist eine unter den Begriff der Nr. 2a fallende Person.

5. **Verhältnis zu § 278:** der § 831 enthält die weitere, allgemeinere Regel, die für gewisse Fälle durch § 278 ergänzt und verschärft wird.

Soweit § 278 reicht, wird also die Heranziehung des § 831 als überholt gegenstandslos. Zu weit würde es aber gehen (so v. Liszt S. 105), bei einem zwischen dem Besteller und dem Beschädigten vorhandenen besonderen Verpflichtungsverhältnis die Anwendung des § 831 darüber hinaus schlechthin auszuschließen. Und es dreht

vollends das wahre Verhältnis um, wenn Endemann Aufl. 4 S. 501 (wesentlich eingeschränkt in Aufl. 8, § 116 Anm. 23) in § 831 eine Ausnahme von § 278 sehen will.

Auch daß die §§ 278 und 831 koordiniert nebeneinanderstehen, jeder ganz verschiedene Tatbestände umfasse (so außer v. Liszt auch Fischer S. 89; Staudinger Nr. 6; Isay S. 402), erscheint mir nach dem Gesagten nicht als eine genaue Vorstellung. Hätten wir § 278 nicht, so könnte doch § 831 ebenso, wie die andern Regeln der §§ 823ff. (s. Vorbem. 5), auch auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner angewendet werden, mindestens für die Fälle, wo nicht nur eine schlechte Erfüllung der Vertragspflichten als solche, sondern eine dabei vorkommende Verletzung sonstiger Rechtsgüter in Frage steht, sowie wo die Haftung aus § 278 wegen Schuldlosigkeit des Gehilfen ausgeschlossen ist. Die Tatbestände beider Vorschriften schließen sich keineswegs aus, stellen zwei zwar nicht konzentrische (so Blau, s. bei § 278, S. 38ff.) wohl aber einander schneidende Kreise dar. So auch Feder S. 90.

Soweit nun aber zwischen dem Besteller und dem Beschädigten ein besonderes Vertragsverhältnis besteht, taucht die Frage auf, ob die danach etwa eintretende Abmilderung der Haftung auch das nach Nr. 3a im Sinne des § 831 erforderliche Sorgfaltsmaß entsprechend ermäßigt. Im Gegensatz zu Feder S. 108 dürfte auch hier (s. oben Vorbem. 5a a. E. vor § 823) die Frage eher zu verneinen sein, es sei denn natürlich, daß die Verletzung bei einer durch das bestehende Schuldverhältnis seiner Widerrechtlichkeit entkleideten und daher nur noch unter dem Gesichtspunkt mangelhafter Schulderfüllung unter Ersatzpflicht zu stellenden Verrichtung erfolgte.

6. S. auch EG. Art. 77—8, 95, 105—7.

§ 832.

Wer kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über eine Person verpflichtet ist, die wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustandes der Beaufsichtigung bedarf, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den diese Person einem dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt oder wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde.

Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher die Führung der Aufsicht durch Vertrag übernimmt.

E. I 710, E. II 755, RB. 816. — Mot. S. 734—6, Prot. II S. 593—6, D. S. 151 bis 152, Ber. d. Reichst.-Komm. S. 58.

Literatur: Feder (s. zu § 831) S. 110ff., Fischer (ebenso) S. 91ff. Über die Haftung des Anstaltsarztes und der Irrenanstalten s. Schultze, ArchBürgR. 17 99.

1. § 832 enthält gegenüber dem bisherigen Recht (s. Mot. S. 735 No. 1) und dem Entw. I eine gleichartige, in der Umkehrung der Beweislast liegende, Verschärfung, wie § 831. Er trifft:

a) den **kraft Gesetzes über einen andern Aufsichtspflichtigen.** Solche Pflicht ergibt sich namentlich aus dem Familienrecht; sie trifft den Vater (§ 1631), die Mutter (§ 1686), den Vormund (§§ 1800, 1897, 1901), den Pfleger (§ 1915). Daß unter dem Ausdruck „kraft Gesetzes" nicht nur das BGB., sondern jedes derartige, privat- wie öffentlichrechtliche, Reichs- wie Landesgesetz zu verstehen ist, bedarf kaum der Erwähnung, so auch Fischer S. 93 gegen Winter. Unter § 832 gehören daher auch die Aufsichtspflichtigen aus dem Gewerbe-, Gesinde-, Schul- und Militärrecht; eine vollständige Aufzählung ist hier weder nötig noch tunlich.

S. insbesondere wegen des Lehrherrn GewO. §§ 126—7 und dazu Fischer S. 95, der Lehrer die Angaben bei Staudinger II, 1, a β. Zweifel erweckt die Haftung der Herrschaft für das minderjährige Gesinde. v. Weinrich S. 46 leugnet hier eine gesetzliche Aufsichtspflicht, anders Endemann § 201 Anm. 35. Aber reichsrechtlich läßt sie sich nicht nachweisen, kann sich vielmehr nur aus den einzelnen, hier nicht nachzuprüfenden Landesrechten ergeben, die

übrigens, soweit ich habe feststellen können, gleichfalls kein genügendes Material für eine solche Aufsichtspflicht ergeben. Österš wird diese freilich durch Vertrag mit den Eltern des Gesindes übernommen (s. alsdann b).

b) aber auch den **durch Vertrag** die Führung der Aufsicht Übernehmenden, Abs. 2, z. B. den Leiter eines Pensionates, einer Heilanstalt (s. Schultze aaO., Staudinger Nr. 2 b).

Eine zivilrechtliche Gültigkeit des Vertrages ist nicht unbedingt zu erfordern (anders Fischer S. 98), sondern nur Übernahme der Aufsicht auf Grund eines tatsächlich abgeschlossenen. Die Gegenmeinung wird durch den Wortlaut nicht erfordert und ist praktisch bedenklich. Es wäre unverständlich, daß z. B. die Heilanstalt weniger haften sollte, wenn der entmündigte Quartalsäufer oder Irre selbst, als wenn sein Vormund für ihn die Aufnahme erwirkt hat.

Eine freiwillige, einseitig übernommene Aufsicht genügt freilich nicht, s. Prot. S. 595.

2. Der Aufsichtspflichtige haftet auf Grund präsumtiven eigenen Verschuldens für die objektiv widerrechtlichen Handlungen der zu Beaufsichtigenden, s. Bem. 2c zu § 831. Wie dort, ja noch mehr als dort, kommt es hier auf die subjektiven Voraussetzungen der Haftung beim Täter nicht an; gerade wenn sie fehlen, tritt die Aufsichtspflicht desto bedeutsamer hervor. S. auch RG. ZS. VI Bd. 50 Nr. 15 S. 67.

Er haftet auf den Schaden, den jene einem dritten zufügen — schädigen sie sich selbst (z. B. der Tobsüchtige zerstört seine Sachen), so kommt nicht die Haftung aus § 832, wohl aber möglicherweise die aus § 823 in Betracht (wichtig wegen der verschiedenen Beweislast), s. auch § 1833. Ebensowenig ist § 832 auf den Fall anwendbar, daß der Pflegling von einem dritten in einer diesen verantwortlich machenden Weise beschädigt wird, z. B. von einer Eisenbahn, RG. 53 Nr. 79 S. 314. Die etwaige Haftung des Beaufsichtigers dafür läßt sich nur aus sonstigen Gesichtspunkten (z. B. wegen schuldhafter Vernachlässigung der vertragsmäßig übernommenen Aufsicht) begründen.

Der Aufsichtspflichtige haftet entweder allein, oder neben dem zu Beaufsichtigenden, wenn bei diesem der Tatbestand einer unerlaubten Handlung, auch in subjektiver Beziehung, erfüllt ist.

3. Der Haftpflichtige kann sich auch hier **befreien** durch den **Nachweis** nach Abs. 1 S. 2, indem er entweder mangelndes Verschulden oder mangelnde Kausalität seines Verhaltens nachweist.

Keineswegs läßt § 832 die Eltern und sonst dahin gehörigen Personen für einen günstigen Erfolg der Beaufsichtigung und Erziehung einstehen, s. RG. ZS. VI vom 30. XII. 1901, Bd. 50 Nr. 15 S. 60. Danach soll das bloße Wissen der Eltern davon, daß ihr Kind ein möglicherweise gefährliches Spielzeug (Flitzbogen) besessen hat, an sich noch nicht zur Haftung führen. Wohl aber würden sie haften, wenn anzunehmen ist, sie hätten eine ungehörige, gefährliche Verwendung dieses Spielzeuges erkannt oder vorausgesehen. Aber der bloße, ihnen bekannte Besitz des Kindes am Spielzeug begründet eine solche Voraussicht noch nicht. Staub, DJZ. **02** 427 sieht in dieser Entscheidung „goldene Worte“. S. auch wegen der Elternhaftung die ähnlichen Grundsätze des OLG. Kiel, Rspr. II S. 458, strenger OLG. Stettin das. III S. 23 ff. (letztere vom RG. aaO. aufgehoben). S. auch OLG. Zweibrücken bei Seuffert 57 Nr. 216 S. 409: Die Eltern genügen ihrer Beweislast durch den Nachweis, daß das Kind gut erzogen sei und die Erziehung bisher gute Ergebnisse erzielt habe. Eine fortdauernde Beaufsichtigung der Kinder, etwa bei deren Spielen oder Spaziergängen, läßt sich nicht erfordern.

Andererseits ist es als genügende Grundlage für eine Haftung des Vaters erachtet worden, daß er die gegen die strafrechtlichen Schutzvorschriften (§ 367 Z. 8) verstoßenden Schießübungen seines aufsichtspflichtigen Sohnes duldete, RG. ZS. VI vom 13. III. 1902 bei Gruchot **46** 949.

§ 833.

Wird durch ein Tier ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist derjenige, welcher das Tier hält, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

E. I 734¹, E. II 756, RV. 817. — Mot. S. 809—14, Prot. II S. 641—8, D. S. 152, Ber. d. Reichst.-Komm. S. 58.

Literatur: Isay, Iherings Jahrb. 39 209ff. Dann die Monographinen von Schwarz 1904, Stierle 1904, Kleefeld 1904, Hagelberg 1905, Litten 1905, Zech, Dissert. Erlangen 1905, die Aufsätze von Franke, ArchZivPrax. 96 144ff., Schmoller das. 98 1ff., Goslich bei Gruchot 47 1ff., Isay das. 48 511ff., v. Blume, Recht 05 481ff., Bernhöft in seinen und Binders Beiträgen 4ff., s. auch Träger, Kausalbegriff S. 316—8. Wesentlich rechtspolitisch sind die Artikel in der DJZ. 04 136ff. (Oertmann), 05 138ff. (Siber), S. 339ff. (Litten), S. 1146ff. (Kohl).

1. **Bisheriges Recht:** Die Haftung für Tierschäden war bisher in der verschiedensten Weise geregelt, s. Mot. S. 809. Das Röm. und GemR. ließen den Eigentümer des Tieres, von eigenem Verschulden abgesehen, nur haften, wenn das Tier „contra naturam“ gehandelt hatte, und auch dann mit dem Recht der noxae deditio (actio de pauperie und de pastu). Das Landrecht (I, 6, §§ 70—8) und das SächsGB. § 1561 verlangten in der Regel ein Verschulden, wovon nur einige mehr scheinbare als wirkliche Ausnahmen wegen wilder und an sich schädlicher Tiere gemacht wurden. Dagegen ließ der Code Art. 1385 im Anschluß an ältere germanische Rechtsideen — „in Ausgestaltung des dem Eigentum immanenten Momentes der Verantwortlichkeit“, Isay S. 296 — den Eigner des Tieres ohne Rücksicht auf Verschulden haften.

Die Entstehungsgeschichte des BGB. zeigt in dieser Materie die größten Schwankungen. Entw. I ließ den Eigentümer nur bei Verschulden für die Tierschäden haften; Entw. II verlangte wenigstens von ihm den Nachweis der Schuldlosigkeit; endlich das BGB. selbst hat auf Grund eines Reichstagsbeschlusses die volle Verantwortlichkeit ohne jede Milderung hergestellt.

2. Von rechtspolitischer wie dogmatischer Bedeutung ist zunächst die Feststellung des dem § 833 zugrunde liegenden **Prinzips**. Schon darüber bestehen Zweifel:

a) Begründet er Haftung aus unerlaubter Handlung? Sie könnte diesen Charakter nur haben, wenn entweder eine solche des Tieres oder seines Halters dabei anzunehmen wäre. Beides trifft nicht zu: ein Tier kann nach heutiger Anschauung nicht einmal objektiv rechtswidrig handeln, ebensowenig im Rechtssinne schuldhaft. Mochte das ältere deutsche Recht den Tieren eine Art von Schuld beizumessen geneigt sein — die auf ganz modernen Erwägungen aufgebaute Haftung aus § 833 steht damit weder historisch noch logisch in irgend welchem Zusammenhang. Die entgegengesetzte Anschauung von Isay, der auf Tierdelikt abstellt, hat mit Recht durchweg Widerspruch hervorgerufen, s. z. B. Litten S. 93, Schmoller S. 6.

Ebensowenig kann man die Haftung auf eigenes Delikt des Tierhalters aufbauen. In Frage käme doch höchstens vermutetes Verschulden bei Beaufsichtigung des Tieres, entsprechend wie nach §§ 831—2. Dann aber müßte, wie dort, Gegenbeweis gestattet sein, der aber vom Gesetze, im Gegensatz zu den Entwürfen, — leider — nicht zugelassen wird. Rechtspolitisch hat freilich der hier abgelehnte Gesichtspunkt viel für sich, und eine zur Zeit schwebende gesetzgeberische Aktion (Antrag v. Treuenfels) verlangt eine entsprechende Abmilderung der Haftpflicht.

b) Der Rechtsgrund der Haftung liegt soweit nicht im Verhalten weder des Tieres noch seines Herrn, sondern nur im Halten des Tieres. Da dieses aber zweifellos eine erlaubte, vielfach sogar sozial förderliche und unentbehrliche, Betätigung der natürlichen Freiheit ist, kann die Haftung aus § 833 trotz ihrer Einbeziehung in den Titel 25 und entsprechenden Behandlung (s. Litten S. 133ff.) theoretisch nicht als deliktische, sondern nur als gesetzliche, wenn man den römischen Ausdruck beibehalten will, quasideliktische angesehen werden. Die nähere rechtspolitische Rechtfertigung ist mit Hagelberg weniger aus dem Gewaltverhältnis am Tier, als aus dem „Prinzip des aktiven Interesses“ (A. Merkel) zu entnehmen: dem Nutzen aus der tierischen Tätigkeit soll als Korrelat die Gefahr entsprechen. Dieses an sich beachtenswerte Haftungsprinzip des § 833 bedeutet freilich in dem sonst wesentlich subjektivistischen Schadensersatzsysteme des BGB. eine schwer zu rechtfertigende Besonderheit.

Umsomehr bedarf § 833 aber einer tunlichst einschränkenden Auslegung. Haftet der Tierhalter schärfer als andere, die ihr Interesse aktiv betätigen, so kann das nur — entsprechend wie in den soweit gleichliegenden Fällen des Haftpflichtgesetzes — gerechtfertigt werden aus einer besonderen Gefährlichkeit dieser Interessenbetätigung; er kann nur haften dürfen, wenn der eingetretene Schaden sich als eine Folge der besonderen, von Tieren drohenden Gefahren ausweist; so treffend Träger

S. 318 und dort Zitierte; das Gegenteil hieße, wie er meint, „die Unvernunft zum Gesetze erheben, s. auch Schmoller S. 9ff., RG. 30. I. 1905, JW. 05 174—5. Ausführlicher entwickelt Litten den gleichen Gedanken und verbindet ihn mit der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, S. 76, 80, 87, 136, indem er als getrennte Erfordernisse der Haftung fordert, daß der Schaden einmal durch das Halten des Tieres adäquat verursacht und zum andern eine Realisierung der spezifischen Tiergefahr sei (s. über das Verhältnis der beiden Erfordernisse S. 84—5). Aber diese weitere Schranke ist dogmatisch unhaltbar, s. dagegen auch Schmoller S. 49ff., sie scheitert daran, daß § 833 mit aller Deutlichkeit den Tierhalter für den „daraus", d. h. nicht etwa aus der Tierhaltung — eine solche Beziehung wäre sprachlich und sachlich unmöglich, das Tierhalten an sich kann nie schädigen —, sondern aus der im Text a. A. angeführten Tötung oder Beschädigung entstehenden Schaden verantwortlich erklärt. Adäquat muß der Zusammenhang der Verletzung also nur zu dem „Verhalten", nicht zu dem „Halten" des Tieres sein, Schmoller S. 4, 11, ebenso Feder (s. vor § 831) S. 85, Isay S. 308, Schwarz S. 58, Träger S. 316. Der Unterschied zeigt sich z. B., wenn Einbrecher meinen Hund stehlen oder laufen lassen und das Tier dann einen dritten beißt — dann ist die Verletzung des Gebissenen zwar durch den Angriff des Tieres, aber nicht durch mein Halten des Tieres adäquat verursacht; da ferner auch Realisierung der besonderen Tiergefahr vorliegt, muß man mit der herrschenden Lehre alsdann Haftung eintreten lassen. Die hier verteidigte (erste) Einschränkung dagegen wird durch den Text zwar nicht gefordert, aber auch nicht ausgeschlossen, und rechtfertigt sich durch die durchschlagende Erwägung, daß ein nachweisliches Sondergesetz nicht über seinen nachweislichen besonderen Grund ausgelegt werden darf (so auch Litten S. 74). Dagegen ist ein Ausschluß der Haftung wegen „höherer Gewalt", ungleich dem Haftpflichtgesetze, dem § 833 fremd, so auch RG. 54 Nr. 104 S. 406ff.

3. **Voraussetzungen:**

a) Es muß sich handeln um Beschädigungen durch **Tiere**; ob wilde, gezähmte oder zahme, ob Vierfüßler oder andere, macht nichts aus. Selbst solche Tiere, die der Halter für seinen Gewerbebetrieb notwendig braucht, sind nicht ausgenommen. Auch für Bazillen, die zu wissenschaftlichen Zwecken in einer Anstalt gezüchtet werden (man denke an die Wiener Pestfälle!), wird aus § 833 gehaftet, Kuhlenbeck Nr. 3, Goldmann-Lilienthal S. 913 Anm. 3, Planck Nr. 2, Schollmeyer S. 237, Sperl (s. § 824 Nr. 7) S. 16.

Anders Enneccerus § 372, I, 2, Dernburg § 396, II, Türcke-Riedenführ Nr. 2, Hausmann bei Gruchot 49 286ff., im Ergebnis auch Staudinger Nr. 3aß und besonders Litten S. 18—9. Aber seine Behauptung, daß bei Bazillen nicht von Realisierung der spezifisch tierischen Gefährlichkeit geredet werden könne, ist handgreiflich verfehlt: die „spezifische Gefahr" ist bei jeder Tierklasse eben eine besondere; sind Bazillen als Tiere zu erachten, so weisen sie als solche auch ihre besondere — nichts weniger als geringfügige — Gefährlichkeit auf. Nun sind sie allerdings nicht Tiere im engeren Sinne, aber ebensowenig Pflanzen; sie stehen vielmehr als einzellige Wesen vor der erst bei den mehrzelligen auftretenden Scheidung jener beiden Reiche. Da man sie im eigenen — wennschon meist wissenschaftlichen — Interesse halten, züchten, und dadurch ebensosehr, wie durch Halten eigentlicher Tiere, besondere Gefahren heraufbeschwören kann, glaube ich an der bejahenden Ansicht, mindestens im Wege der hier bei völliger Gleichheit des Grundes statthaften Analogie, festhalten zu sollen.

b) Es muß sich handeln um **Tötung, Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung eines Menschen oder Sachbeschädigung.** Der Beschädigung wird dabei die Entziehung von Sachen gleichzustellen sein; sie ist ihr vom praktischen Standpunkt gleichwertig, wurde ihr demgemäß auch schon von den Römern für das Gebiet der lex Aquilia gleichgestellt, l. 27 § 21 D. 9, 2. Beispiel: eine Elster verschleppt einen silbernen Löffel oder ein Schmuckstück. So auch Litten S. 22, Goldmann-Lilienthal S. 913, v. Liszt S. 108, Planck Nr. 2b. Wegen anderer Schäden verbleibt es bei der gewöhnlichen Haftung, z. B. durch das Halten bissiger Hunde in der Nachbarschaft wird die Kundschaft eines Geschäftes beeinträchtigt, jemand wird in seiner „Freiheit" oder Arbeit gehindert, weil auf der Straße eine aus dem Käfig ausgebrochene Bestie ihr Unwesen treibt. Daß unter die „Sachen" auch andere Tiere fallen, ist selbstverständlich.

c) Gehaftet wird nur für Schäden, die **durch** Tiere angerichtet werden. Die bloße passive Verwendung eines Tieres durch andere zur Anrichtung eines Schadens kann

eine Haftung des Tierhalters nach § 833 nicht begründen. Vielmehr erfordert § 833 ein selbsttätiges Verhalten des Tieres, einen aus seiner tierischen Natur entspringenden Entschluß. Dieser darf zwar durch äußere Einwirkungen — Menschen, andere Tiere, Instrumente, z. B. schrille Geräusche, RG. DJZ. 05 862 — hervorgerufen sein, aber die äußeren Einwirkungen dürfen nicht soweit gehen, das Tier zum widerstandslosen, automatisch fungierenden Werkzeug herabzudrücken. Denn anderenfalls ist der Schaden zwar vermittelst des Tieres, aber nicht durch das Tier verursacht worden. Dahin zählen folgende Fälle:

α) Jemand benutzt das Tier als ein ganz willenloses Werkzeug, wie einen leblosen Gegenstand, z. B. er schleudert einem andern eine Katze, ein Stachelschwein (Litten) ins Gesicht; bringt durch Hinlegen einer geknebelten Kuh auf die Schienen einen Zug zur Entgleisung.

β) Weniger extrem und zweifellos sind die Fälle, wenn jemand nur auf ein Tier einwirkt, aber doch so, daß es blind und unselbständig seiner Einwirkung nachgibt. So, wenn Pferde der Lenkung des Kutschers oder Reiters folgen. Hier ist zwar eine gewisse Aktivität des Tieres vorhanden, sie ist aber eine unselbständige, steht nur im Dienste der überlegenen menschlichen Energie und tritt daher für die abwertende Beurteilung als Ursache des eintretenden Schadens dieser gegenüber in den Hintergrund. Nicht das gelenkte Tier, sondern der Lenker durch das Tier erscheint hier als Täter. So auch die weitaus herrschende Lehre in Theorie und Praxis, Bernhöft S. 7, Crome Nr. 1 a. E., Feder (s. vor § 831) S. 85, Litten S. 84, Oertmann S. 138, Schollmeyer S. 237, Schwarz S. 64ff., Träger S. 318. Aus der Praxis s. RG. ZS. VI vom 6. II. 1902, Bd. 50 Nr. 37 S. 180 und vom 14. V. 1903 bei Gruchot 47 948, OLG. Jena bei Seuffert 58 Nr. 5 S. 10 (= Rspr. IV S. 246), OLG. Dresden bei Seuffert 58 Nr. 186 S. 350, OLG. Stuttgart 30. VI. 1905, Recht 05 473 (das freilich, mit Recht, dem belangten Tierhalter einen entsprechenden Beweis auferlegt). Anders fast nur Israel, JW. 02 238ff. (unter Berufung auf den angeblich „philosophischen" Kausalitätsbegriff), Goslich aaO., aus der Praxis OLG. Naumburg 19. XI. 1901 bei Seuffert 56 Nr. 223 S. 400 (s. dagegen die Bem. des RG. 50 181), das aber in dem neuen Erkenntnis vom 26. I. 1904, Seuffert 59 Nr. 258 S. 452 der Anschauung des Reichsgerichts grundsätzlich folgt. Die Bedenken von Schmoller aaO. richten sich mehr gegen die Begründung (S. 14ff.), als gegen das Ergebnis der herrschenden Lehre; er faßt nach seiner Kausalitätstheorie (s. unten S. 1004 bei den Ergänzungen) in solchen Fällen das Tier nicht als kausal auf.

Anders aber, wenn das Tier der Leitung seines Lenkers, Reiters usw. nicht mehr folgt, sondern mehr oder minder frei seinen eigenen tierischen Instinkten nachgibt. Hier handelt es sich gerade um Entfaltung einer spezifischen Tiergefahr, und die Haftung ist im Sinne des § 833 begründet. So besonders bei durchgegangenen Pferden und anderen Zugtieren. Für Haftung alsdann mit Recht RG. ZS. VI vom 20. II. 1902, Bd. 50 Nr. 89 S. 221 und vom 26. II. 1903, Bd. 54 Nr. 22 S. 73, OLG. Naumburg bei Seuffert 59 452 cit. Wodurch diese Entfaltung der eigenen tierischen Energie hervorgerufen wurde, dürfte nichts ausmachen — gerade daß das Tier oft in vernunftloser Weise auf äußere Einflüsse unverhältnismäßig reagiert, ist ein Stück spezifischer Tiergefahr. Nicht auf den Grund des Verhaltens, sondern darauf, ob das Verhalten ein selbständiges tierisches ist, kann es im Sinne der Haftung ankommen. Darum ist Haftung des Tierhalters auch dann anzunehmen, wenn ein dritter das Tier durch Einführen brennenden Schwammes ins Ohr zur Raserei gebracht hat; wenn das Tier durch schrille Geräusche (RG. ZS. IV vom 6. VII. 1905, DJZ. 05 862), durch flatternde Wäsche oder ähnliche Einwirkungen auf seine Sinne (RG. ZS. VI, 30. I. 1905, Bd. 60 Nr. 14 S. 65 = DJZ. 05 362) erschreckt davonläuft. Auch wenn ein Tier durch das Verhalten eines andern Tieres erschreckt oder gereizt wird, verbleibt es in der Regel bei der Haftung seines Halters, soweit es nicht geradezu durch eine Art „höherer Gewalt" (die übrigens nach § 833 einflußlos ist) willen- oder bewußtlos geworden ist, s. die Entsch. der OLG. Celle, Dresden, Hamburg in Rspr. IX S. 43 bis 45, RG. 54 Nr. 104 S. 406ff., Staudinger Nr. 3bd. Das muß auch gelten, wenn das Tier von seinem Herrn oder einem dritten zu seinem Verhalten zwar angereizt wird, aber nur durch Einwirkung auf seine tierische Psyche, nicht durch körperliche Lenkung, z. B. jemand hetzt meinen Hund auf einen dritten; ich pfeife meinem Hund und er überrennt beim Heraneilen ein Kind. Auch hier war das Verhalten ein

eigenes Verhalten des Tieres, ein Ausdruck seiner eigentümlichen tierischen Eigenart; nur der Grund des Verhaltens beruht auf menschlicher Einwirkung.

Was den Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Tieres und dem Schaden anlangt, so gelten darüber die gewöhnlichen Regeln, s. auch oben Nr. 2, ferner RG. ZS. VI vom 20. II. 1902, Bd. 50 Nr. 49 S. 219ff., bes. 222: einerseits braucht er nicht durch unmittelbare tierische Einwirkung entstanden zu sein, es genügt mittelbare Verursachung, z. B. das Durchgehen der Pferde veranlaßt den Versuch des Lenkers, sie anzuhalten, und er kommt dabei durch Straucheln zu Schaden (s. auch RG. ZS. VI vom 21. III. 1892, Bd. 29 Nr. 31 S. 120ff.); andererseits muß ein „Kausalzusammenhang im Rechtssinn (adäquate Kausalität)" vorliegen. Es genügt daher nicht, daß das Tier nur eine nicht als Ursache zu wertende Bedingung zum Erfolge gesetzt hat, z. B. eine hysterische alte Jungfer fällt in Krämpfe, weil sie meine gelbe Dogge für eine Löwin ansieht; ein Kind läuft vor dem harmlosen Tiere weg und kommt zu Fall.

d) **Ein Verschulden des Tierhalters**, oder, wenn man von einem solchen reden darf, des Tieres, wird nicht erfordert, ebensowenig ein Handeln des letzteren contra naturam. Folgerecht kann man auch keine Geschäfts- oder Deliktsfähigkeit des Haftpflichtigen verlangen. Denn es ist schwer einzusehen, was Fähigkeit des Verschuldens soll, wo ein solches überhaupt nicht erfordert wird. — A. A. v. Liszt S. 107, Kuhlenbeck Nr. 4, Cosack § 166, I, 1b, Endemann § 202 Anm. 9, Laß-Maier S. 38. Wie hier die meisten, so Crome § 336, I, Dernburg § 396, III, Dittenberger, Schutz des Kindes S. 59—60, Goldmann-Lilienthal S. 913 Anm. 8, Kipp-Windscheid S. 890b, Litten S. 137, Schwarz S. 20ff. (mit weiteren Angaben).

Die Erwägung der Gegner, die §§ 827—8 müßten für den ganzen Titel gelten, enthält eine petitio principii; sinngemäß ist ihre Geltung vielmehr auf die Normalfälle der Haftung für eigene schuldhafte Tat beschränkt. § 833 aber läßt überhaupt nicht für ein Tun einstehen, sondern will nur einen Ausgleich dafür schaffen, daß der Halter des Tieres sein eigenes Interesse mit einem seiner Eigenart nach gefährlichen Mittel fördert. Dies eigene Interesse an der Tierhaltung besitzt auch der Unzurechnungsfähige, der Tiernutzen fällt ihm ebensogut zu wie einem zurechnungsfähigen Halter — warum nicht auch der in der Haftpflicht liegende Tiernachteil? Richtig ist nur (so auch Crome, Goldmann, Schwarz S. 23, 27), daß die Unzurechnungsfähigkeit möglicherweise jemanden hindert, Tierhalter zu sein oder doch zu werden; ein Geisteskranker, der ein Tier durch nichtigen Akt anschafft, ist darum nicht Tierhalter. Er ist es aber, wenn sein Vormund das Tier für ihn erwirbt, oder wenn er nach dessen Anschaffung erst in Geisteskrankheit verfällt. Nur auf die Frage also, ob man Tierhalter sei, nicht auf die davon verschiedene, ob man als solcher hafte, ist die normale Geistesentwicklung von Einfluß.

Bei vorhandenem Verschulden tritt natürlich auch eine Haftung aus § 823 ein, wichtig wegen der durch § 831 nicht gedeckten Fälle (oben b).

4. a) Haftbar ist der **„Halter"** des Tieres. Aber wer fällt unter diesen rechtlich farblosen Ausdruck?

α) Nach Isay aaO. S. 315ff. und Kipp aaO. S. 926 Nr. 3 soll nur der Gewaltbegriff bezw. Eigenbesitz entscheiden; so bleiben z. B. der Verpächter, der Nießbrauchsbesteller haftpflichtige Tierhalter. Dernburg § 397 Nr. 11 nennt diese Ansicht „unglaublich"; jedenfalls widerspricht sie dem oben Nr. 1 entwickelten gesetzgeberischen Prinzip in schroffster Weise.

β) Litten verzichtet auf einen einheitlichen Begriff; Tierhalter ist derjenige Gewalthaber, von dessen Standpunkt aus die Tierestat als adäquat verursacht erscheint, S. 127. Das hängt mit der oben Nr. 1a abgelehnten Einengung der Haftung auf die adäquaten Folgen des Tierhaltens zusammen, ist also für uns unannehmbar, vermischt überhaupt die Haftungs- und die Tierhalterfrage in kaum zu billigender Weise. Unmöglich kann man den Tierhalter erst aus der Tierestat heraus bestimmen; schon vor ihr hat es Wert und Interesse (z. B. wegen einer zu nehmenden Versicherung), die Person des Halters festzustellen.

γ) Andere stellen auf den unmittelbaren Besitz an Tieren ab, so Cosack aaO. I, 1a, Dernburg § 396, IV, 1. Aber damit verfällt man gegenüber der Lehre zu α) ins andere Extrem; man wird dem gesetzgeberischen Grunde (oben Nr. 1) ebensowenig gerecht und kann den danach selbstverständlichen § 834 nicht erklären.

δ) Mit Recht lassen es daher die meisten nicht auf die Art der Besitzerstellung als solche ankommen, sondern auf das Interesse: entscheidend sind die Nutzungen,

die der eine oder andere vom Tier zieht, oder doch, wenn das Tier solche abwürfe, ziehen würde. Tierhalter ist der, wer aus eigenem materiellen oder ideellen Interesse das Tier besitzt, übrigens ohne Unterschied, ob als mittel- oder unmittelbarer Besitzer, also der Nießbraucher, Pächter, aber nicht der Verwahrer, der das Tier in Pflege nehmende Tierarzt, nicht das Gesinde, der Verwalter — ihre Besitzdienerschaft oder unmittelbarer Besitz schließt die Tierhalterschaft des Eigentümers nicht aus, RG. ZS. VI bei Gruchot 47 404. Der Hauptvertreter dieser Ansicht ist Hagelberg, in beachtenswerter Begründung, s. S. 67, 78, 85, ferner Crome, Enneccerus S. 863, Goldmann-Lilienthal aaO., Kleefeld S. 25, Kuhlenbeck, Linckelmann S. 38, Planck, Schollmeyer S. 237, Schwarz S. 5, 14, 17, 23 ff., 38.

Zweifel bestehen bei den Vertretern dieser Grundanschauung nur darüber, ob nicht eine ganz vorübergehende Nutzung des Tieres die Tierhalterschaft ausschließe; dafür Schwarz, Goldmann-Lilienthal, auch OLG. Naumburg bei Seuffert 58 Nr. 210 S. 396. Gegen Schwarz s. Müller bei Gruchot 49 414. Jedenfalls darf man das „vorübergehend" nicht rein zeitlich auffassen, sondern nur teleologisch: wer das Tier nur zu einer mehr oder minder genau übersehbaren Zahl konkreter Benutzungshandlungen unter Vorbehalt der sonstigen, allgemeinen Benutzung durch den Überlasser erhalten hat, wird nicht Tierhalter — also nicht der Sonntagsreiter (vorbehaltlich seiner Haftung wegen Verschuldens) oder sonstige Entleiher eines Pferdes für einen einzelnen Ritt (ebenso OLG. Jena bei Seuffert 58 Nr. 5 S. 10), wohl aber der Käufer des Schlachtviehs, auch wohl der Käufer auf Probe, der den Besitz erlangt hat (OLG. Kassel bei Seuffert 59 Nr. 257 S. 450).

Man haftet also auch für bloß zugelaufene Tiere, die man bis auf weiteres zu eigenem Gebrauch behält, aber wohl nicht für nur im Interesse des Verlierers bis zu dessen Auffindung in Verwahrung genommene. Auch das am Körper oder in der Wohnung jemandes befindliche Ungeziefer wird nicht „gehalten"; man ist damit nur behaftet, und deswegen nur nach § 823, also bei Verschulden, verantwortlich. So richtig Kuhlenbeck Nr. 3.

Daß der berittene Gendarm Halter des Dienstpferdes sei (RG. 55 Nr. 40 S. 166), nicht der Fiskus, trifft nach dem Gesagten dann, aber auch nur dann, zu, wenn nach den einschlägigen Vorschriften jener sich das Pferd selbst anzuschaffen hat. Dasselbe gilt bei Offizieren und Soldaten.

ε) Kann man Tierhalter sein ohne Willen? Keinenfalls ist eigener Wille da nötig, wo das Tier durch einen (gesetzlichen oder gewillkürten) Vertreter im Bereiche seiner Vertretungsmacht angeschafft wird. Aber auch davon abgesehen, ist eigener Wille zum Tierhalten da nicht erfordert, wo der mit dem Eigentum auch die Nutzungen des Tieres vermittelnde Erwerbsakt sich ohne Rücksicht auf ihn vollzieht, so beim Erwerb durch Erbgang, bei Tierjungen. Ein spezifischer Tierhalterwille als solcher neben den sonstigen Erfordernissen der Tierhaltereigenschaft ist unnötig. Anders zu Unrecht Schwarz S. 18, gegen ihn Müller aaO.

b) Andererseits ist der Eigentümer des Tieres nicht verantwortlich:

α) Wenn ein anderer das Tier hält, s. oben;

β) Wenn er den Besitz des Tieres verloren hat, § 856, s. Bem. dazu. Jedoch ist zu beachten, daß oft gerade in dem Entweichenlassen des Tieres ein Verschulden liegen wird, das nach §§ 823, 831—2 ersatzpflichtig macht. Vorübergehende Entfernung des Tieres macht nichts aus, so auch Schwarz S. 34; ebensowenig kann es die Tierhalterschaft in Frage stellen, wenn das Tier den Schaden anläßlich einer Funktion anrichtet, zu der es kraft behördlicher Anordnung gebraucht wurde, z. B. Pferdemusterung, RG. ZS. VI vom 6. VI. 1904 bei Gruchot 48 926 ff.

Nach dem RG. Bd. 52 Nr. 31 S. 117 soll es auch nichts ausmachen, wenn ein dritter, sei es selbst unbefugt, das fremde Tier benutzt: der Eigentümer bleibt darum doch als Tierhalter verantwortlich — eine rechtspolitisch bedenkliche, aber dogmatisch kaum vermeidliche Konsequenz des geltenden Rechts!

c) Mehrere Halter eines Tieres haften als Gesamtschuldner, § 840, so auch OLG. Celle Rspr. V S. 250. A. A. Isay S. 314, weil keine unerlaubte Handlung vorliege — wie sich schon aus Abs. 3 daselbst ergibt, mit Unrecht; die Solidarität tritt überall ein, wo eine unerlaubte Handlung im Sinne des Titels vorliegt, nicht nur bei eigentlichen Delikten im Sinne der Doktrin.

Neben dem Halter haftet der Aufsichtspflichtige, § 834.

d) Wenn **ein dritter** durch sein schuldhaftes Verhalten (Hetzen des Hundes, Scheumachen des Pferdes, Öffnen des Käfigs) den Schaden herbeiführt, so haftet er neben dem Halter als Gesamtschuldner, ohne daß dadurch eine Befreiung des letzteren nach außen eintrete, s. § 840 Abs. 3. Nach innen haftet freilich nur der eigentliche Täter.

5. Die Haftung **fällt weg:**

a) Wenn der Verletzte selbst durch sein schuldhaftes Benehmen (durch Reizen des Hundes, Benutzung des Pferdes als „Sonntagsreiter", nahes Herantreten an den Käfig) den Schaden vorwiegend verursacht hat; dies gemäß § 254, dessen Anwendung auf unsern Fall keinem Bedenken unterliegt. So auch die herrschende Lehre, z. B. Dernburg § 396, VI, 3, Schollmeyer S. 237; RG. ZS. VI vom 5. V. 1902, Bd. 51 Nr. 66 S. 277, vom 29. V. 1905, Zeitschr. f. Rechtspfl. Bayern I S. 469, 1, s. auch oben § 254 Nr. 3. Dahin gehört auch der Fall, wenn jemand einen Garten, ein Gehöft gegen Verbot, überhaupt widerrechtlich betritt und dort vom Wachhund gebissen wird. Schon die allbekannte Inschrift „bissige Hunde" erscheint als genügendes, die Haftung des Halters ausschließendes Betretungsverbot. Dagegen soll eigenes Verschulden des deliktsunfähigen Verletzten die Haftung nicht ausschließen, RG. 54 Nr. 104 S. 410. Das mag im allgemeinen richtig sein, s. Nr. 2e zu § 254, doch ist zu beachten, daß möglicherweise die Haftung durch die vorwiegende eigene Kausalität des Verletzten ausgeschlossen wird (s. Nr. 1a zu § 254), sowie daß im übrigen im Interesse des Tierhalters § 829 auch gegenüber dem Anspruch des unzurechnungsfähigen Verletzten verwertet werden kann (Nr. 2e a. E. zu § 254 cit.)

b) Schwierig und vielverhandelt ist die Frage nach der Einwirkung eines zwischen dem Tierhalter und dem Verletzten bestehenden besonderen Vertragsverhältnisses auf die Haftung aus § 833 (s. dazu Danz, DJZ. 05 383ff., v. Blume aaO.).

α) Im allgemeinen kann das der Haftung keinen Abbruch tun. Die Deliktshaftung ist (s. oben Nr. 5 vor § 823) nicht in dem Sinne subsidiär, daß sie durch ein zwischen den Beteiligten bestehendes Vertragsverhältnis schlechthin zurückgedrängt würde. Das ist besonders dann überall anzunehmen, wenn das Vertragsverhältnis sich nicht gerade speziell auf das Tier bezog, z. B. mein Hund beißt meine Köchin.

β) Aber auch dann ist grundsätzlich nicht anders zu entscheiden, wenn der Verletzte kraft des Vertragsverhältnisses zu gewissen Manipulationen mit dem Tier berechtigt oder verpflichtet, insbesondere zu dessen Wartung oder Pflege angestellt ist (Tierwärter, Pferdeknecht; Hufschmied; auch Tierarzt). Doch ist hier zu unterscheiden:

αα) Der Beschädigte hatte im Sinne des § 834 die Aufsicht über das Tier übernommen. Das ist zwar nicht bei gewöhnlichen Dienstboten der Fall — Kutscher und Knechte nehmen dem Tier gegenüber eine unselbständige Stellung ein, haben es „nicht unter ihrer allein maßgebenden Herrschaft", unterstehen vielmehr der Aufsicht der Dienstherrschaft — ; wohl aber bei einem sogen. Trainer, s. RG. ZS. VI vom 6. III. 1902, Bd. 50 Nr. 56 S. 245ff. und vom 13. VII. 1904, Bd. 58 Nr. 104 S. 412—3, ebenso bei einem Förster, der Hunde zur Dressur nimmt, sowie bei einem Hufschmied, RG. VII, 29. V. 1905, Zeitschr. f. Rechtspfl. Bayern I S. 389. Die Übernahme eines Tieres durch einen solchen selbständig Aufsichtspflichtigen verpflichtet diesen nach Treu und Glauben, Schädigungen dritter durch das Tier tunlichst zu verhindern; das muß aber mit dem RG. auf Schädigungen seiner selbst ausgedehnt werden — auch sie verletzen, gerade wegen § 833, das Interesse des Tierhalters in gleicher Weise. Gelingt dem Aufsichtspflichtigen ihre Hintanhaltung nicht, so hat er objektiv seine Vertragspflicht verletzt, muß also nach § 282 seine Schuldlosigkeit beweisen. Dafür läßt sich auch § 834 entsprechend verwerten. Ebenso RG. aaO., sowie (ZS. VI vom 9. I. 1905) bei Seuffert 60 Nr. 188 S. 356 und im Recht 05 647 (ZS. VI, 18. V. 1905). Vielfach — so besonders im Falle des RG. bei Seuffert 160 cit. — wird alsdann selbst eine Abmachung des Inhalts, daß der Aufsichtspflichtige den Tierhalter von der Haftung aus § 833 ihm gegenüber entbinde, zu unterstellen sein.

ββ) Wenn die Übernahme einer selbständigen Aufsichtspflicht nicht in Frage steht, bleibt es an sich restlos bei der Anwendbarkeit des § 833. So auch RG. ZS. VI Bd. 50 S. 248 cit., (= Gruchot **46** 642), Bd. 58 S. 412 cit., OLG. Naumburg bei Seuffert 59 Nr. 258 S. 451—2.

Nach dem Erkenntnis des ZS. IV vom 6. VII. 1905, DJZ. 05 963 (Zeitschr. f. Rechtspfl. Bayern I S. 450) soll allerdings auch hier dem Kutscher der Exkulpationsbeweis aufgebürdet werden, aber dies unter Beschränkung auf solche Dienstleistungen, „die regelmäßig für einen mit den Eigenschaften der Pferde vertrauten Kutscher

gefahrlos sein mußten". Das trifft im Ergebnis sicher das Richtige, aber kaum in der Begründung: denn hat der Dienstherr einen entsprechenden Charakter der Dienstleistung, was ihm obliegt, erwiesen, so steht damit ein Tatbestand fest, aus dem mangels besonderer gegenteiliger Momente ein eigenes Verschulden des Verletzten als vorliegend für erwiesen gelten kann.

Allerdings steht nichts im Wege, auch im Verhältnis zu den unselbständigen Bediensteten die Haftung aus § 833 auszuschließen; aber eine solche Abrede ist viel weniger leicht anzunehmen, wie in den Fällen zu αα, keinenfalls zu unterstellen. Dies um so weniger, da die Manipulationen mit den Tieren hier keineswegs immer besonders vertragsmäßig vereinbart, sondern häufig kraft des bestehenden Dienstverhältnisses einseitig aufgetragen sind. Unmöglich kann der Dienstherr auf solche einseitigen Anweisungen irgendwelche Abmilderung seiner Pflichten stützen.

γ) Gewissermaßen in der Mitte liegen solche Fälle, wo das Vertragsverhältnis sich zwar nicht auf Übernahme gewisser Handlungen am verletzenden Tier durch den Verletzten bezog, aber doch eine sonstige Beziehung auf das Tier selbst hatte, so z. B. bei mit Tieren auszuführenden Beförderungsverträgen von Personen oder Sachen, dann auch in dem „berühmten" Falle des RG. ZS. VI vom 26. II. 1905, Bd. 54 Nr. 22 S. 73ff.: jemand nahm einen andern auf seinem Wagen mit; die Pferde wurden ohne Schuld des Lenkers scheu, der Fahrgast fiel herunter und wurde tödlich verletzt. Das RG. hat hier eine Haftung nach § 833 angenommen, aber damit lebhaften Widerspruch hervorgerufen, s. besonders Danz aaO., der darauf hinweist, daß in solchen Fällen überall die Frage nach einem etwaigen vertragsmäßigen Haftungsausschluß aufzuwerfen sei, S. 438. Dies mit Recht. Ich möchte sogar weitergehen (s. auch Vorbem. 5 vor § 823): kommt zwischen den Parteien ein entgeltlicher oder unentgeltlicher Beförderungsvertrag zustande, so erhalten alle zu dessen Zwecken vom Tierhalter oder seinen Gehilfen vollzogenen Maßnahmen mit den Tieren, alle Erfüllungshandlungen, den Charakter objektiver Rechtmäßigkeit, können also weder deliktisch noch quasideliktisch zur Verantwortung gezogen werden, sondern nur unter dem Gesichtspunkt unzulänglicher Vertragserfüllung, d. h. in der Regel nicht ohne ein Verschulden. Auch das Laufen der Tiere steht in solchen Fällen im Dienste des Vertragszweckes, und daß sie dabei durchgingen, kann den inneren Zusammenhang mit der Erfüllungshandlung nicht in Frage stellen — andernfalls müßten alle exzessiven Erfüllungshandlungen diesen Charakter einbüßen! Zum gleichen Ergebnis kommt in beachtenswerter Erörterung v. Blume aaO.

6. **Verletzen Tiere verschiedener Eigentümer einander**, so kommt es darauf an, ob dabei einen Menschen ein Verschulden traf. Dann haftet er für den ganzen Schaden, oder, wenn sein Tier zu Schaden kam, kann er keinen Ersatz fordern. Davon abgesehen, wird man untersuchen müssen, ob das verletzte Tier der Angreifer war oder nicht. War dem so, so hat es den Schaden, wenn auch nicht „verschuldet", so doch im Sinne von § 254 „vorwiegend verursacht", und dann wird man unter entsprechender Anwendung dieses Paragraphen dem Halter alle Folgen aufbürden. Andernfalls ist der Halter jedes Tieres für den Schaden verantwortlich, den es dem andern Tiere als einer fremden „Sache" zugefügt hat. So auch das Römische Recht nach l. 1 § 11 D. 9, 1, Isay S. 314, Dernburg Nr. IV, 3, im Ergebnis ähnlich, allerdings unter Polemik gegen meinen Hinweis auf § 254, auch Schmoller S. 44. Anders Schwarz S. 84, der allgemein jeden Tierhalter für den von seinem Tier angerichteten Schaden haftbar sein läßt, ebenso Staudinger Nr. 3c.

§ 834.

Wer für denjenigen, welcher ein Tier hält, die Führung der Aufsicht über das Tier durch Vertrag übernimmt, ist für den Schaden verantwortlich, den das Tier einem dritten in der im § 833 bezeichneten Weise zufügt. Die Verantwortlichkeit tritt nicht ein, wenn er bei der Führung der Aufsicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

E. I 734², E. II 757, RV. 818. — Mot. S. 812—3, Prot. II S. 646—8.

1. **Allgemeines**: Die Sonderbestimmung des § 834 ähnelt den §§ 831 Abs. 2 und 832 Abs. 2. Sie greift Platz bei vertragsmäßiger Übernahme der Aufsicht für den Tierhalter; einerlei, ob die Übernahme dauernd (z. B. ein Hundezüchter nimmt während meiner Abwesenheit meinen Hund in Pension) oder vorübergehend (X. reitet auf dem gemieteten Gaul spazieren), ob sie entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt. Wohl aber muß die übernommene Aufsicht eine wenigstens relativ selbständige sein, s. die Fälle in Nr. 5 b zu § 833: Pferdeknechte, Domestiken haben sie nicht ohne weiteres über die ihrer Pflege anvertrauten Tiere — ihnen fehlt die Selbständigkeit der Stellung, aber auch, wenn sie nur anweisungsgemäß mit den Tieren verfahren, die Vertragsmäßigkeit der Übernahme. Nur ausnahmsweise werden diese Bedenken wegfallen können, z. B. X. erlaubt seinem Kutscher, das Pferd zu privaten Zwecken auszureiten, Y. seiner Köchin, den Haushund zum Schutze bei einem Ausflug mitzunehmen.

Daß Aufsichtsübernahme und unmittelbarer Besitz nicht immer zusammen fallen (so Aufl. 1), bleibt danach zwar richtig, aber doch nur für sehr beschränkte Fälle.

In solchem Fall soll **der dritte haften**, aber nicht so unbeschränkt, wie der Tierhalter nach § 833; er soll sich nämlich durch einen entsprechenden Gegenbeweis, wie nach §§ 831 und 832, befreien können, s. Bem. 3 dazu.

2. Durch die Haftung des Aufsichtspflichtigen wird der Halter des Tieres nach außen hin (wegen des inneren Verhältnisses entscheidet die unterliegende Kausalbeziehung) nicht entlastet. Für die gegenteilige Annahme spricht weder ein innerer Grund noch der Wortlaut der §§ 833—4. So auch Endemann § 202 Anm. 13, Goldmann-Lilienthal S. 915 No. 15, Schollmeyer S. 237—8; OLG. Jena bei Seuffert 58 Nr. 5 S. 10. Erst recht behält es bei der schärferen Haftung des Tierhalters sein Bewenden, wenn der Aufsichtspflichtige wegen nachweislich beobachteter Sorgfalt nicht haftbar ist. A. A. seltsamer Weise v. Liszt S. 108, früher auch Endemann aaO. Anm. 10 (jetzt Anm. 13 wie hier); ebenso wie hier die herrschende Lehre, so Dernburg § 396 Anm. 16, Cosack § 166, I, 2, Goldmann-Lilienthal S. 915 Anm. 15, Schollmeyer S. 238, RG. 60 Nr. 71 S. 315.

3. Auf **den nach Gesetz Aufsichtspflichtigen** bezieht sich § 834 nicht; er haftet dem durch das Tier Verletzten nur nach § 823, auch möglicherweise dem Tierhalter auf Ersatz des durch seine Haftung aus § 833 erwachsenen Schadens.

§ 835.

Wird durch Schwarz-, Rot-, Elch-, Dam- oder Rehwild oder durch Fasanen ein Grundstück beschädigt, an welchem dem Eigentümer das Jagdrecht nicht zusteht, so ist der Jagdberechtigte verpflichtet, dem Verletzten den Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht erstreckt sich auf den Schaden, den die Tiere an den getrennten, aber noch nicht eingeernteten Erzeugnissen des Grundstücks anrichten.

Ist dem Eigentümer die Ausübung des ihm zustehenden Jagdrechts durch das Gesetz entzogen, so hat derjenige den Schaden zu ersetzen, welcher zur Ausübung des Jagdrechts nach dem Gesetze berechtigt ist. Hat der Eigentümer eines Grundstücks, auf dem das Jagdrecht wegen der Lage des Grundstücks nur gemeinschaftlich mit dem Jagdrecht auf einem anderen Grundstück ausgeübt werden darf, das Jagdrecht dem Eigentümer dieses Grundstücks verpachtet, so ist der letztere für den Schaden verantwortlich.

Sind die Eigentümer der Grundstücke eines Bezirkes zum Zwecke der gemeinschaftlichen Ausübung des Jagdrechts durch das Gesetz zu

einem Verbande vereinigt, der nicht als solcher haftet, so sind sie nach dem Verhältnisse der Größe ihrer Grundstücke ersatzpflichtig.

E. II 758, RV. 819. — Prot. II S. 648—9, 806 ff., D. S. 153—5, Ber. d. Reichst. Komm. S. 61.

Literatur: E. W. Müller, Dissert. Erlangen 1903.

1. **Allgemeines:** Eine Verpflichtung **zum Ersatze des Wildschadens** ist mangels Verschuldens dem Römischen Recht fremd, dagegen durch die deutschrechtliche Anschauung vielfach zur Geltung gebracht, s. Cosack-Gerber § 260. Allerdings sind die bezüglichen Bestimmungen in neuerer Zeit infolge Freigebung der Jagd an die Grundeigentümer vielfach beseitigt, aber z. B. für Preußen durch das Gesetz vom 11. VI. 1891 wieder zum Teil hergestellt. Dem schloß sich der Entw. II an. Den dort genannten Tierklassen hat der Reichstag noch die Fasanen beigefügt, während die in der Kommission (s. Bericht S. 60) gleichfalls eingestellten Hasen vom Plenum nach langen Debatten wieder gestrichen wurden.

Es ist von vornherein zu beachten, daß der § 835 das Wildschadensrecht nicht erschöpfend regeln will. Die landesgesetzlichen Vorschriften bleiben daneben in Kraft, EG. Art. 69—72; § 835 stellt nur das reichsgesetzlich verlangte Minimum der Ersatzpflicht fest.

2. Zum Verständnis der Bestimmung muß man unterscheiden:

a) Der Eigentümer des beschädigten Grundstücks hat selbst das Jagdrecht, ohne daß ihm dessen Ausübung entzogen wäre. Dann tritt keine Ersatzpflicht ein — „de se queri debet". So in Preußen bei den größeren Besitzungen.

b) Er hat das Jagdrecht nicht. Das ist der Fall, wenn:

α) ihm dasselbe überhaupt nicht zusteht; das ist in Preußen gegenstandslos, Gesetz vom 31. X. 1848 und 1. III. 1873, ebenso in den andern deutschen Staaten mit Ausnahme von Mecklenburg; s. wegen der einschlägigen, aufrechterhaltenen Gesetze Bem. zu EG. Art. 69.

β) ihm die Ausübung des an sich vorhandenen Rechtes durch Gesetz entzogen ist. So in Preußen nach dem Gesetz vom 7. III. 1850, §§ 2—3 bei Grundstücken unter 300 Morgen, in Bayern bei solchen unter 240 (im Hochlande 400) Tagwerken, s. Jagdgesetz vom 30. III. 1850, Art. 2 Z. 3—4.

γ) das Jagdrecht auf Grund eines besonderen Rechtstitels einem andern zusteht, entweder zu dinglichem (Erbpacht, Nießbrauch) oder zu bloß persönlichem Recht (Pacht).

Die Bestimmungen des § 835 beziehen sich auf die Fälle α (Abs. 1) und β (Abs. 2), aber auch auf die zu γ, soweit es sich um ein das Jagdrecht des Eigentümers ausschließendes dingliches Nutzungsrecht handelt. Anders bei Verpachtung der Jagd; nutzt der Pächter das ihm überlassene Recht nicht aus, und entsteht infolgedessen Wildschaden, so stehen dem Verpächter deshalb nur die Ansprüche wegen Verletzung der etwa übernommenen Vertragspflicht sowie der Anspruch aus § 826 zu.

3. Im einzelnen:

a) **Der Anspruch aus § 835 steht dem Verletzten zu.** Das ist nicht nur der Eigentümer, sondern auch der Nießbraucher, soweit ihm nicht selbst das Jagdrecht gebührt (s. EG. Art. 72), der Pächter, Mieter usw. Jedoch haben diese Personen auf Grund von § 835 keinen Anspruch gegen den Eigentümer (so auch Endemann § 202 Anm. 16, Planck Nr. 2c); denn, mag diesem das Jagdrecht entzogen sein oder nicht, auf keinen Fall passen die Bestimmungen des § 835: entweder hat der Eigentümer sich die Jagd vorenthalten, dann fehlt die Voraussetzung von Abs. 1 Satz 1; oder er hat das nicht, dann ist der jagdberechtigte Pächter danach ersatzpflichtig aber nicht -berechtigt. Wohl aber kann sich eine Pflicht des Verpächters zum Abschuß aus dem Vertrage ergeben, wenn sie auch schwerlich ohne weiteres dadurch begründet wird (a. A. wohl Endemann § 202 No. 16).

b) Ersatzpflichtig ist:

α) in den Fällen von Abs. 1 der **Jagdberechtigte**; wer das ist, bestimmt die Landesgesetzgebung.

β) in den Fällen von Abs. 2 (Entziehung der Ausübung) derjenige, **der zur Ausübung des Jagdrechtes** nach dem Gesetz **berechtigt** ist. Auch dafür ist wieder das Landesrecht entscheidend; es kann in Betracht kommen:

αα) Der Eigentümer des um- oder anschließenden Grundstücks; entweder ohne weiteres oder so, daß ihm der Berechtigte die Ausübung der Jagd verpachten muß (s. über diesen Fall speziell Abs. 2 Satz 2).

ββ) die Jagdgenossenschaft der Grundbesitzer (so in Preußen, s. Schollmeyer S. 239).

γγ) die politische Gemeinde (so in Bayern).

In diesem Falle haftet überall der genannte Berechtigte; ist der Jagdverband eine juristische Person, so ist er als solcher ersatzpflichtig. Wegen der politischen Gemeinde s. EG. Art. 71 Z. 6 und Bem. dazu (für Bayern Art. 3 des Wildschadensgesetzes vom 15. VI. 1850, in der Fassung des AG. zum BGB. Art. 144 Nr. III). Dagegen haften die Teilnehmer an einem durch das Gesetz geschaffenen Jagdverband, der „nicht als solcher haftet", nach dem Größenverhältnis der Grundstücke, Abs. 3. Wann dem so ist, bestimmt wieder das Landesrecht.

Vom Abs. 3 abgesehen, hat es bei einer Mehrheit der Ersatzpflichtigen bei dem Grundsatz der gesamtschuldnerischen Haftung sein Bewenden (§ 840).

c) **Zu ersetzen ist der von den zu Eingang genannten Tierarten verursachte Schaden**; sonstiger Wildschaden nur nach Maßgabe der Landesgesetze, s. EG. Art. 71 Z. 1, dazu für Bayern Wildschadengesetz, Art. 2, in der Fassung des AG. zum BGB. Art. 144, für die andern Staaten die Angaben bei Niedner zu Art. 71 cit. Preußen hat kein erweiterndes Landesrecht.

d) Zu ersetzen ist der **an Grundstücken** angerichtete Schaden, nicht auch der an Mobilien. Zu den Grundstücken gehören auch alle wesentlichen oder unwesentlichen Bestandteile solcher einschließlich der stehenden Früchte; nach der erweiternden Bestimmung von Abs. 1 Satz 2 — die offenbar auch auf die Fälle des Abs. 2 anwendbar ist — zählen selbst die getrennten dahin, sofern sie nur noch nicht eingeerntet sind. Als eingeerntet haben die Früchte zu gelten, wenn sie entweder in den zur Verwahrung bestimmten Raum (Scheune, Boden) geschafft, oder doch wenigstens zu Diemen, Feimen usw. zusammengetragen sind, s. Reichst.-KommB. S. 60. Von da ab hat der Fruchtziehende die Obhut über die Früchte übernommen und kann sich gegen den Angriff des Wildes mit leichter Mühe wehren.

e) **Ein Verschulden** des Haftpflichtigen wird **nicht** erfordert. Wohl aber kann schuldhaftes Benehmen des Beschädigten im Sinne von § 254 die Haftung beseitigen, so wenn er die Aberntung ungebührlich verzögert oder die Anwendung gebräuchlicher Abwehrmittel (Klappern, Scheuchen usw.) unterläßt. Dahin kann auch die Anbringung oder Reparatur von Zäunen oder sonstigen Einfriedigungen gehören, je nach Lage der besonderen Verhältnisse. Ob das Partikularrecht geradezu eine Pflicht zur Einzäunung vorsah (s. EG. Art. 71 Z. 4), ist dafür nicht allein maßgebend; auch ohnedies kann § 254 zur Abschneidung des Ersatzanspruches führen, s. RG. 52 Nr. 91 S. 350 ff.

f) Ein Rückgriff gegen den dritten Jagdberechtigten, in dessen Bezirk das Wild seinen gewöhnlichen Standort hat, ist dem BGB. unbekannt, KommB. S. 61.

§ 836.

Wird durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstücke verbundenen Werkes oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder des Werkes ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Besitzer des Grundstücks, sofern der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung ist, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Besitzer zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

Ein früherer Besitzer des Grundstücks ist für den Schaden verantwortlich, wenn der Einsturz oder die Ablösung innerhalb eines Jahres nach der Beendigung seines Besitzes eintritt, es sei denn, daß er während seines Besitzes die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder ein späterer Besitzer durch Beobachtung dieser Sorgfalt die Gefahr hätte abwenden können.

Besitzer im Sinne dieser Vorschriften ist der Eigenbesitzer.

E. I 735[1], E. II 759, RV. 820. — Mot. S. 814—9, Prot. II S. 650—6, D. S. 155—6.

Literatur: Ch. Meisner, Bayerisches Nachbarrecht S. 87ff.

1. **Allgemeines**: Für den durch Einsturz von Gebäuden angerichteten Schaden ließ das Römische Recht den Eigentümer nur bei Verschulden sowie auf Grund einer, dem bedrohten Nachbarn auf dessen Verlangen kraft prätorischen Zwanges zu bestellenden, cautio damni infecti haften. Die neueren Gesetze sind mannigfaltig und kasuistisch. Doch ist das Römische Prinzip, wonach der unverschuldete Einsturz an sich nicht zum Ersatz verpflichtet, mit gewissen Verschärfungen meist beibehalten, s. die Angaben in den Mot. S. 815—7. So auch Entw. I; Entw. II und ihm folgend das BGB. haben indes, wie in den Fällen der §§ 831—2, auch hier eine Beweisverschiebung eintreten lassen: die an sich vorhandene Haftung wird nur durch den Nachweis der Schuldlosigkeit beseitigt.

2. Die Bestimmung bezieht sich:

a) auf **Gebäude**. Aufl. 1 versuchte diesen Begriff mit „Bauwerk" im Sinne des § 648 zu identifizieren (s. Bem. dazu), dagegen aber mit Recht M. Wolff, Grenzüberbau S. 88, s. auch RStrGB. § 367 Z. 14 und die dazu ergangene, in den Kommentaren des StGB. angegebene Rechtsprechung. § 367 cit. nennt das Gebäude nur als ein Unterart der Bauwerke, und diese gesetzliche Unterscheidung wird auch für das BGB. um so eher anzuwenden sein, als sie den Sprachgebrauch für sich haben dürfte. Gebäude sind im Sinne des § 836 die mit dem Grundstücke verbundenen, mehr oder minder fest abgeschlossenen Behältnisse, zum Aufenthalt von Menschen oder zum Dienste ihrer Wirtschaft bestimmt.

b) **„andere mit einem Grundstück verbundene Werke"**, etwa Mauern, Spaliere, Turngerüste, gemauerte Bänke, künstliche Grotten, Terrassen. Auch dieser Begriff ist nicht mit Bauwerk identisch, sondern weiter (wie der zu a enger). So z. B. ist ein Brunnen nicht immer ein Bauwerk, wohl aber ein mit dem Boden verbundenes Werk im allgemeinen. Dasselbe gilt von Rennplätzen, OLG. Hamm Recht 05 473, ausgeschachteten Sand- und Lehmgruben (OTr. bei Striethorst 60 76), Tonröhrenleitungen (RG. ZS. VI, 16. III. 1903, bei Gruchot 37 1001). Zu den Werken gehören ferner u. A. Schleusen, RG. ZS. V, 28. VI. 1905, Zeitschr. f. Rechtspfl. Bayern I S. 390; Torbogen, OLG. Naumburg 9. XI. 1901 bei Seuffert 57 Nr. 62 S. 104; wegen sogen. „Sandkippen" s. OLG. Kiel Rspr. IX. S. 46 (dafür, dagegen aber das jene Entscheidung aufhebende Erk. des RG. ZS. VI., 9. II. 1905, Bd. 60 Nr. 30 S. 138ff, weil es dabei an einer für den Werkbegriff unerläßlichen Zweckbestimmung fehle. Aber die Herstellung der Kippen war unvermeidliche Folgeerscheinung des Kanalbaus; war dieser ein Werk, so war die „Kippe" ein Teil davon). Nicht aber auch Bohlen, die einfach ohne Befestigung über eine Treppeneinfassung gelegt sind, OLG Kassel bei Seuffert 60 Nr. 208 S. 392.

c) Dagegen bezieht sich die Bestimmung nicht auf die auf dem Grundstücke befindlichen, mit dem Boden nicht fest verbundenen beweglichen Sachen. Ebensowenig ist eine Haftung für die natürliche oder durch künstliche Mittel geänderte Gestaltung der Erdoberfläche des Grundstücks selbst durch § 836 begründet, auch nicht für Bäume und sonstige Anpflanzungen. Wegen derartiger Anlagen kommen nur die Regeln des Sachenrechts (§§ 907ff., 923, sowie die polizeilichen und sonstigen Straf- und Schutzvorschriften in Betracht, nebst der ihren schuldvollen Übertreter nach § 823 Abs. 2 treffenden Ersatzpflicht.

3. § 836 greift Platz, wenn das Gebäude oder Werk **zusammenstürzt**, oder einzelne Teile sich davon **ablösen**; z. B. Herunterfallen von Ziegelsteinen, Schieferplatten, Fensterflügeln, Fahnenstangen. Oder wenn aus den „Sandkippen" (s. oben 2b)

Sandkörner durch den Wind losgelöst werden und auf die Nachbargrundstücke Samen eines schädlichen Unkrauts tragen, OLG. Kiel Rspr. IX S. 46. Oder wenn eine Tür aus den Angeln geht (OLG. Hamburg Rspr. V S. 249); wenn ein Fußboden, eine Decke zerbricht, OLG. Hamburg Rspr. IV S. 285, bestätigt vom RG. 52 Nr. 63 S. 238. Überall genügt „ein Sichtrennen einzelner Bestandteile vom Ganzen". Es muß das alles aber sich als Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung darstellen; wenn durch Erdbeben, Bodensenkungen infolge Bergbaues, abnorm heftigen Sturm der Zusammensturz erfolgt ist, kurz etwa in den als „höhere Gewalt" zu bezeichnenden Fällen, ist die Haftung nicht begründet. Nicht verlangt ist ein Verschulden bei der Errichtung; es genügt, wenn sie objektiv fehlerhaft war.

Ob der Zusammensturz selbst durch Naturgewalt oder Menschenhand erfolgt, bewirkt im übrigen keinen Unterschied. Auch, daß er durch ein Anstoßen des Beschädigten selbst unmittelbar hervorgerufen wurde, macht insoweit nichts aus, als darin nicht ein dessen Anspruch ausschließendes Verschulden zu sehen ist, Seuffert 57 Nr. 62 S. 104 cit.

Fallen aus dem Gebäude nicht damit zusammenhängende Gegenstände (Blumentöpfe, Fensterbretter), so ist die Haftung überhaupt aus § 836 nicht begründet. Dagegen ist es gleichgültig, ob der stürzende Gegenstand im technischen Sinne Bestandteil oder nur Zubehör des Gebäudes war, RG. 60 Nr. 104 S. 422.

4. Es muß durch das Ereignis **ein Mensch** getötet oder verletzt oder eine **Sache** beschädigt sein. Daß der Schaden gerade durch unmittelbare physische Einwirkung der herabfallenden Stücke entstanden sei, kann nicht verlangt werden, es genügt z. B., daß jemand durch die mangelhafte Decke durchbricht und durch das Herunterfallen verletzt wird, RG. 52 Nr. 63 cit., ebenso OLG. Stuttgart Rspr. IX S. 46.

5. Haftpflichtig ist **nicht der Eigentümer als solcher**, sondern nach Abs. 3 der **Eigenbesitzer** im Sinne von § 872, mag sein Besitz auch nur mittelbar sein (f. § 868), so auch Strohal, Besitz S. 43 Anm. 50, anders Wendt, ArchZivPrax. 87 69, dessen Ansicht aber bei dem allgemeinen Wortlaut des Textes in Verbindung mit § 868 nicht durchdringen kann. Immerhin wird gegenüber einem nur mittelbaren Besitzer meist § 837 anstelle von § 836 in Betracht kommen.

Dem gegenwärtigen steht der **frühere Besitzer** unter den Voraussetzungen des **Abs. 2** gleich. Sind sie erfüllt, so schließt das die Haftung des etwaigen späteren Besitzerwerbers an sich nicht aus, mag er den Besitz unmittelbar von jenem erlangt haben, oder nicht; beide haften als Gesamtschuldner. Das folgt aus § 840 und der Erwägung, daß Abs. 2 die Rechte des Beschädigten erweitern, nicht schmälern will.

6. Ein **Verschulden** des Besitzers ist keine positive, sondern nur sein Fehlen negative Voraussetzung der Haftung, s. Nr. 7.

Sofern den Besitzer **nachweisliches Verschulden** trifft, haftet er über die Voraussetzungen des § 836 hinaus; so namentlich der Eigentümer auch über die Jahresfrist des Abs. 2, wenn er den Besitz seines Grundstückes aufgibt, ohne sich um die Gefahr des Zusammensturzes zu kümmern. S. ferner StGB. §§ 330, 367 Nr. 14—15, deren schuldhafte Verletzung nach § 823 Abs. 2 ersatzpflichtig macht.

Andererseits muß Deliktsunfähigkeit des Besitzers nach §§ 827 ff. die Haftung aus § 836 ausschließen; die Schuldvermutung bricht sich an der Schuldunfähigkeit. So auch Dernburg § 398, III, 3, Dittenberger, Schutz des Kindes S. 63ff. Dieser will alsdann den gesetzlichen Vertreter nach § 838 heranziehen, was aber mit der — bedenklichen — Annahme steht und fällt, daß § 838 auch abgesehen von vertragsmäßiger Übernahme, anwendbar sei, s. Bem. dazu. Anders ist nur beim Träger der elterlichen Gewalt zu entscheiden, weil er wegen ihres Nutzungsrechtes unter § 838 fällt.

7. **Beweis**: Die Voraussetzungen der Haftung zu 1—5 muß der Kläger beweisen; der Beklagte kann sich demgegenüber von der Haftung befreien:

a) als gegenwärtiger Besitzer durch den Nachweis seiner beobachteten Sorgfalt nach Abs. 1 Satz 2. Der als solcher zum Besitzer gewordene Erbe wird sich event. auch damit verteidigen dürfen, daß er noch keine Zeit gefunden habe, das ererbte Grundstück ordnungsmäßig zu untersuchen (s. Cosack § 165, X, 1); denn der Verkehr läßt ihm dazu naturgemäß einen angemessenen Zeitraum frei. Hat der Besitzer das Bauwerk durch Rechtsnachfolge erworben, so braucht er nicht zu beweisen, daß der Vordermann bei der Errichtung sorgsam verfahren sei, sondern nur, daß er selbst während seiner Besitzzeit „die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Schritte getan hat", RG. 3. VI, 13. VII. 1906, Seuffert 61 Nr. 6 S. 7.

b) als früherer Besitzer durch den in Abs. 2 angegebenen Nachweis. Die Berufung darauf, daß er das Werk durch einen Sachverständigen habe errichten lassen, bewirkt zwar meistens Befreiung, anders aber, wenn der Mangel für den Besitzer erkennbar war. Es haftet dann gegebenenfalls der Sachverständige nach § 823 solidarisch neben dem Besitzer.

8. S. auch EG. Art. 108.

§ 837.

Besitzt jemand auf einem fremden Grundstück in Ausübung eines Rechtes ein Gebäude oder ein anderes Werk, so trifft ihn an Stelle des Besitzers des Grundstücks die im § 836 bestimmte Verantwortlichkeit.

E. I 735², E. II 760, RB 821. — Mot. S. 819, Prot. II S. 657.

Es gehören hierher sowohl dingliche wie persönliche Rechte (anders als nach § 95, s. Bem. dazu), z. B. Erbbaurecht, Grundgerechtigkeiten (Kipp-Windscheid S. 693 unten), Pacht. Die Haftung des Werkbesitzers, und zwar hier nicht neben, sondern statt dem Grundstücksbesitzer, rechtfertigt sich dadurch, daß gerade und nur er normalerweise im stande ist, die in Rede stehende Verpflichtung zu erfüllen. Mot. S. 819.

Jedenfalls unterscheidet § 837 zwischen dem Besitze des Grundstücks und dem des Werkes; das hat Bedeutung für die möglichen Fälle, wo das Werk oder Gebäude nicht zum wesentlichen Bodenbestandteil geworden ist, § 95. Mit Recht nimmt RG. ZS. VI vom 22. IX. 1904, Bd. 59 Nr. 4 S. 8, an, daß die Vorschrift nicht auf den Fall des gewöhnlichen Mieters Anwendung finde, der das Gebäude vom Eigentümer gemietet habe, sondern nur auf den Fall, wenn der Mieter in Ausübung seines Mietrechtes zu vorübergehenden Zwecken das Gebäude errichtet hat. Andernfalls bleibt es bei der Haftung des Eigenbesitzers des Bodens — der dann ja auch Eigenbesitzer des Gebäudes (Werkes) ist — nach § 836; doch haftet der Mieter (Pächter) möglicherweise nach § 838, s. Nr. 2 dazu.

§ 838.

Wer die Unterhaltung eines Gebäudes oder eines mit einem Grundstücke verbundenen Werkes für den Besitzer übernimmt oder das Gebäude oder das Werk vermöge eines ihm zustehenden Nutzungsrechts zu unterhalten hat, ist für den durch den Einsturz oder die Ablösung von Teilen verursachten Schaden in gleicher Weise verantwortlich wie der Besitzer.

E. I 735³, E. II 761, RB. 822. — Mot. S. 819, Prot. II S. 637.

1. Der § 838 unterscheidet sich von § 837 dadurch, daß er

a) solche Personen voraussetzt, die keine Besitzer des Gebäudes oder sonstigen Werkes sind, oder doch nicht den Besitz in Ausübung eines Rechtes ausüben;

b) zwar auch die hier genannten Personen verantwortlich erklärt, aber ohne die nach § 836 bestehende Verantwortlichkeit des Eigenbesitzers zu beseitigen.

Übrigens dürfte er inhaltlich dem früheren Recht entsprechen, s. RG. ZS. VI, 13. V. 1886, JW. 86 200.

2. Es fallen unter § 838 **folgende Personen:**

a) die vertragsmäßig die Unterhaltung des Grundstückes für den Besitzer übernommen haben, etwa als Beauftragte, Hausverwalter, Baumeister. Daß diese Personen möglicherweise unmittelbare Besitzer sein können, ist unerheblich. Die Fälle einer gesetzlichen Übernahme der Pflicht dürften nicht dahin gehören, so auch Dernburg § 398, IV, 2, anders freilich Dittenberger, Schutz des Kindes, S. 64 (s. auch Bem. 6 zu § 836), der seine Gegenansicht a contrario aus § 834, wo die Beschränkung besonders aufgestellt wird, folgert. Aber § 838 denkt offenbar wohl an den Fall, daß jemand aus eigenen Mitteln, wennschon vielleicht gegen Entgelt, die Unterhaltung vorzunehmen hat; nur alsdann hat er wirklich „die Unterhaltung übernommen." Dagegen der gesetzliche Vertreter verwendet dazu von vornherein Mittel des Vertretenen;

der Effekt kann ihn im guten und bösen nichts angehen. Es ist unbillig, ihn trotz mangelnden Entgelts, also trotz mangelnden Interesses, der Sonderhaftung zu unterwerfen. Bei den vertragsmäßigen Übernehmern trifft das nicht zu; sie bekommen meist für ihre Tätigkeit einen Entgelt, und wenn nicht, beruht die Übernahme immerhin auf ihrem freien Belieben.

b) denen die Unterhaltspflicht vermöge eines Nutzungsrechtes obliegt. Dahin würden an sich auch Nießbraucher und Pächter gehören; zur Vermeidung von Kollisionen mit § 837 muß aber angenommen werden, daß in dem Fall, wenn sie in Ausübung ihres Rechtes wirklich Besitz ergriffen haben, § 837 als die speziellere Satzung die Anwendung des § 838 für ihren Bereich (s. aber Bem. dazu) ausschließt. Außerdem gehören hierhin solche Servitutberechtigte, denen kein Besitz an dem Gebäude oder Werk zusteht, während sie doch zur Unterhaltung desselben verpflichtet sind, so etwa Wege- oder Wasserleitungsberechtigte.

§ 839.

Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.

Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

E. I 736[1], E. II 762, RB. 823. — Mot. S. 819—28, Prot. II S. 658—64, VI S. 202ff., D. S. 156—7, Ber. der Reichst.-Komm. S. 63—4.

Literatur: Delius, Haftpflicht der Beamten, 1901, derselbe DJZ. **04** 526ff., Meltz, Beamtenhaftpflicht, Rostocker Studien II, 3; Nöldeke, bei Gruchot **42** 797ff.; Schneider, ArchZivPrax. **91** 209ff.; Hachenburg, Vorträge Aufl. 2 S. 433ff.; Scholz, ElsLothZ. **22** 366ff. Speziell wegen der Haftung der Grundbuchbeamten Oberneck, Grundbuchrecht S. 94ff., der Notare Oertmann, ZBlFG. IV S. 771ff., Jacobsohn, DJZ **03** 237ff.

1. **Bisheriges Recht:** Ob und inwieweit gemeinrechtlich der Beamte wegen Nachlässigkeit in Ausübung seines Amtes haftete, war bestritten; meist ließ man ihn mit der sogen. Syndikatsklage für jedes Verschulden, aber bloß subsidiär, aufkommen, nur bei Fällung von Urteilen sollte sich seine Haftung auf dolus und culpa lata beschränken, s. Dernburg, Pand. II § 135, RG. 17 Nr. 26 S. 108ff., weitere Angaben Mot. S. 820. Das Landrecht ließ den Beamten wegen jeder Nachlässigkeit haften (II, 10, §§ 88ff., 127ff.), was die Praxis jedoch zugunsten der Spruchtätigkeit der Richter in der gemeinrechtlichen Weise ermäßigt hat; das SächsGB. §§ 1506ff. hatte eine solche mildere Auffassung allgemein, und im Code fanden sich nur über den dolus des Richters Sonderbestimmungen.

Daneben hafteten schon bisher die Reichsbeamten nach dem Reichsbeamtengesetz vom 31. III. 1873 für die Gesetzmäßigkeit ihrer Amtshandlungen, ohne daß jedoch der nähere Inhalt der Haftung angegeben wäre, s. auch EG. zum GVG. § 11.

2. **Standpunkt des BGB.**

a) **Wer ist Beamter?** Da man die allgemeinen Bestimmungen des § 823 für die Schadensersatzpflicht der Beamten nicht für ausreichend hielt, wurde sie in § 839 besonders geregelt, s. die Bem. in Mot. S. 823. Die Sonderbestimmung bezieht sich auf die Verantwortlichkeit der Beamten, womit hier unstreitig nur öffentliche, nicht auch sog. Privatbeamte, gemeint sind. Man hat unter ihnen zu verstehen alle dem Staat oder einer öffentlichen Körperschaft gegenüber in einem öffentlichen Dienstverhältnis stehenden Personen, s. zum Beamtenbegriff auch Laband, D. Staatsrecht Aufl. 3, I S. 383ff.; Seydel, Bayer. Staatsrecht II S. 189; Rehm, Annalen d. D. Reichs 85 160ff.; Delius S. 20; auch Dernburg § 392, II, 1; RG. 28 Nr. 15 S. 85, 37 Nr. 60 S. 243. Die öffentlichen Beamten unterstehen dem § 833 unterschiedslos, mögen sie im Dienst des Reiches oder im unmittelbaren oder mittelbaren (Kommunalbeamte) Dienst eines Bundesstaates stehen; der Begriff dürfte mit dem des StGB. § 359 zusammenfallen, s. auch EG. Art. 77. Anwälte, Ärzte und sonstige Sachverständige fallen nicht darunter, wohl aber Militärpersonen, soweit sie öffentliche Funktionen ausüben, Delius S. 22. Beamte sind auch und daher nach § 839 haftbar die Notare, Oertmann aaO., Staudinger Nr. 4bα und dort zitierte, anders Dernburg § 392, II, 1 Anm. 6. Nicht minder die Gerichtsvollzieher, und zwar nach der richtigen Ansicht nicht nur dem Schuldner, sondern auch dem „auftraggebenden" Gläubiger gegenüber. So auch Staudinger Nr. 4bβ mit weiteren Angaben, anders z. B. Dernburg aaO. S. auch BayAG. Art. 60 Abs. 1 Satz 2. — Kein Beamter ist der Schiedsrichter; seine Tätigkeit besteht in Erfüllung einer übernommenen Vertragspflicht. Er haftet daher weder nach Abs. 1, noch kommt ihm die Vergünstigung der Abs. 2—3 zu gute. Anders zwar für Preußisches Recht. RG. bei Seuffert 54 Nr. 86 S. 154 sowie Delius S. 78. Aber daß die Stellung des Schiedsrichters keine autoritative ist, ergibt sich dadurch, daß sein Spruch eigener Vollstreckungsgewalt entbehrt, ZPO. § 1042, in gewissen Fällen auch staatlicher Aufhebung unterliegt.

b) Man hat bei den **Delikten** eines Beamten in diesem Sinn zu scheiden:

α) Der Beamte verstößt gegen die allgemeinen Satzungen der §§ 823ff; dann ist er nach diesen verantwortlich. Das trifft besonders zu bei den mit öffentlicher Strafe bedrohten Pflichtverletzungen der Beamten; sie sind Verstöße gegen „Schutzgesetze" im Sinne von § 823 Abs. 2. So namentlich in den Fällen des 28. Abschnittes des StGB., §§ 331ff., weitere Angaben in den Mot. S. 822.

Nicht aber sind als solche „Schutzgesetze" alle den Beamten auferlegten Ordnungsvorschriften anzusehen; sie beziehen sich auf das Verhältnis des Beamten zum Staat und machen ihn nur disziplinarisch haftbar. Als Schutzgesetze können sie höchstens ausnahmsweise angesehen werden (s. Mot. S. 823); darin lag gerade der gesetzgeberische Grund dafür, die übrigens lückenhafte Beamtenhaftung noch besonders zu regeln.

β) Nach § 839 haftet der Beamte, wenn er in der im Text näher beschriebenen Weise gegen seine Dienstpflicht verstößt. Dahin gehören, neben den meisten der bereits nach §§ 823ff. getroffenen Fälle von Beamtendelikten, zahlreiche weitere, nämlich alle die, wenn der Beamte (schuldhaft) die ihm einem dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt. Wann die Amtspflicht **„einem dritten"** und nicht nur dem anstellenden Gemeinwesen gegenüber vorhanden ist, läßt sich mit einer allgemeinen Formel kaum bestimmen. Den Gegensatz zu derartigen externen bilden die internen, disziplinarischen Vorschriften. Unter § 839 fallen alle solche Pflichten, die dem Beamten für seinen Verkehr mit dem Publikum und zu dessen Gunsten auferlegt sind, zum Schutze der einzelnen Mitglieder des Staatswesens. Ebenso Delius S. 29; s. auch Goldmann-Lilienthal S. 908 Anm. 12; Nöldeke S. 812ff.; Endemann § 202 Anm. 2. Dient die Vorschrift aber hauptsächlich dem Interesse des Staates als besonderer Rechtspersönlichkeit, der Disziplin, der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, der Ausfüllung der Arbeitskraft oder der ordnungsmäßigen Amtsführung des Beamten, so fällt sie nicht unter § 839.

Eine vollständige Aufzählung aller hierhergehörigen Amtspflichten ist weder nötig noch auch nur möglich (s. die zahlreichen Beispiele bei Staudinger Nr. 5). Daß insbesondere eine Pflicht im Sinne des § 839 dem Prozeßrichter gegenüber den Parteien bei Untersuchung und Entscheidung obliege, wird durch Abs. 2 unmittelbar anerkannt; von den dem Vormundschaftsrichter dem Mündel gegenüber obliegenden Pflichten redet besonders § 1848. Die Anwendung auf den Grundbuch- und Subhastationsrichter erscheint zweifellos, hier ist die Haftung von jeher besonders bedeutsam

gewesen. So auch jetzt wieder RG. ZS. V, 26. IV. 1905, Bd. 60 Nr. 95 S. 398. Zweifel erheben sich beim **Testamentsrichter** (bezw. dem eine letztwillige Verfügung aufnehmenden Notar). Daß er dem Testator gegenüber amtlich verpflichtet sei, läßt sich nicht bezweifeln; aber auch den im Testament zu bedenkenden Personen soll er nach der Ansicht mancher, insbesondere des RG. ZS. VI vom 20. VI. 1904, Bd. 58 Nr. 75 S. 297 ff., gemäß § 839 haftbar sein. Dies in Bestätigung des Urteils OLG. Oldenburg vom 4. VII. 1903, Rspr. VII S. 140, ebenso KG. 16. II. 1904, Recht 04 193. Wohl mit Recht! Die Pflicht zur sorgsamen Anfertigung letztwilliger Verfügungen ist dem instrumentierenden Beamten nicht sowohl im Interesse des ordnungsmäßigen behördlichen Geschäftsbetriebes, als vielmehr zugunsten der dabei interessierten Einzelpersonen — und zwar aller, nicht nur des Erblassers — auferlegt. Daß die Anwendung des § 839 darauf dessen klarem Wortlaut widerspreche (so **Rumpf**, Teilnahme an unerlaubten Handlungen, S. 122 ff., der übrigens trotzdem aus inneren Gründen zum gleichen Ergebnis kommt), vermag ich nicht einzusehen.

Man kann wohl allgemein sagen, daß **mindestens** überall da, wo den Beteiligten gegenüber den Entscheidungen und sonstigen Maßnahmen eines Beamten ein **Rechtsmittel** zusteht, auch eine Pflicht des Beamten ihnen gegenüber vorliegt — denn die Beschwerde (im weitesten Sinne) richtet sich eben gegen die (objektive) Nichterfüllung solcher Pflicht.

Aber keineswegs **nur** da, sondern auch in den anderen Fällen, wo nachweislich der obige Leitgedanke (Schutz des Publikums) der Dienstpflicht zugrunde liegt, s. **Dorner**, BadAG. zum BGB., 1901, S. 61 ff.

Immerhin muß es sich aber um einen **Verstoß gegen die Dienstpflicht** handeln; wer einen Beamten privatim um Rat bittet, kann sich auf § 839 nicht berufen. Anders aber wieder, wenn ein Beamter, ohne dazu verpflichtet zu sein, als solcher in Form einer amtlichen Kundgebung eine Auskunft erteilt. Er ist in solchen Fällen „verpflichtet, zwar nicht dazu, Antwort zu geben, aber wenn er eine solche als amtliche Auskunft gibt, (den dritten) richtig zu bescheiden", RG. ZS. VI vom 20. II. 1902, **Gruchot** 46 Nr. 66 S. 938 (JW. 1902 Beil. S. 214), dagegen freilich **Delius**, DJZ. 04 530.

e) **Das Verhältnis des § 839 zur allgemeinen Haftung** ist nicht überall zweifellos:

α) Zunächst kann es keinem Zweifel unterliegen, „daß es bei allen nicht nach § 839 in dieser oder jener Weise geregelten Handlungen der Beamten bei den allgemeinen Haftungsregeln, §§ 823 ff., sein Bewenden behalte", Beispiele bei **Oertmann** aaO. S. 772—3. Insbesondere kann ein Beamter sich auch nach § 826 haftbar machen, **Oertmann** aaO., zustimmend **Staudinger** Nr. 3 a. E.

β) Soweit aber § 839 die Haftung beschränkt, also in den Fällen des Abs. 1 Satz 2, Abs. 2—5 ist anzunehmen, daß der Beamte nicht nur der Sonderhaftung aus § 839, sondern der deliktischen Haftung überhaupt enthoben werden solle. Dafür spricht bereits der Wortlaut, der (s. Abs. 1 Satz 2, Abs. 2) ganz kategorisch und allgemein die Inanspruchnahme einschränkt. Vor allem aber der **Sinn**; denn es wäre unerträglich, wenn die wohlerwogene, schon zur Vermeidung nervöser Überängstlichkeit und damit Verlangsamung der Amtstätigkeit im Interesse des Staates und schließlich des Publikums selbst dringend gebotene Haftungsschranke auf einem Umwege den Beamten für einen Teil der Fälle wieder genommen werden könnte.

γ) Soweit aber die Haftung sowohl nach § 839 wie nach § 823 eintritt (z. B. bei schuldhafter Freiheitsberaubung, Eigentumsverletzung), stehen dem Verletzten m. E. nach Wahl zwei konkurrierende Ansprüche gegen den Beamten zu; ein absorbierender Einfluß des § 839 auf die Haftung aus § 823 läßt sich aus dem Wortlaut des § 839 nicht entnehmen, wird auch durch allgemeine Gesichtspunkte nicht erwiesen. § 839 ist nach Entstehungsgeschichte und Eigenart, ähnlich wie § 823 Abs. 2, nur als ergänzendes, zur Lückenausfüllung bestimmtes Gesetz aufzufassen, das die sonstigen Haftungsregeln nur nach Maßgabe des inhaltlichen Widerspruches ausschließt. S. **Oertmann**, Bayer. Landesprivatrecht S. 261 ff., ZBl. S. 774, 787 ff., anders freilich **Gierke**, Verhandlungen des 28. Juristentages I S. 122, dessen Bedenken ich durch das zu β) Gesagte zu zerstreuen hoffe.

Die Frage ist deshalb wichtig, weil das Landesrecht nach EG. Art. 77 die Beamtenhaftung aus § 839 auf den Staat übertragen kann. Alsdann bleibt es in den einschlägigen Fällen nach der hier vertretenen Ansicht daneben konkurrierend bei der Individualhaftung des Beamten.

3. **Subjektive Voraussetzungen:** Die Haftung setzt Vorsatz oder Verschulden voraus im gewöhnlichen Sinne, s. § 276. S. insbesondere über die Fahrlässigkeit beim Beamtendelikt Delius S. 39–41. Das Verschulden braucht sich hier weder, wie nach § 823 Abs. 1, auf die Rechtsgüterverletzung, noch, wie nach Abs. 2 daselbst, auf den Verstoß gegen ein Gesetz zu richten — vielmehr beruht das Verschulden im Sinne des § 839 nur in der Voraussehbarkeit der Amtspflichtsverletzung als solcher (so auch Staudinger Nr. 5b und dort Zitierte). Hierin besteht die subjektive Erweiterung der besonderen Beamtenhaftung neben der allgemeinen. Jedoch:

a) Bei bloßem Verschulden ist die Haftung nur subsidiär, unten Nr. 5.

b) Ist die Pflichtverletzung bei (s. dazu Schneider S. 246) einem Urteil in einer Rechtssache — einerlei, ob Zivil-, Straf- oder Verwaltungsrechtssache — vorgekommen, so tritt die Haftung nur unter den Voraussetzungen des **Abs. 2** ein; nicht einmal zivilrechtlicher Vorsatz als solcher genügt. „Bei" einem Urteil ist die Pflicht auch verletzt, wenn der Richter die Voraussetzungen seines Erlasses prüft, Schneider aaO.

Zweifelhaft ist aber die Bedeutung des Begriffes **„Urteil"**:

α) Vorherrschend ist im ganzen eine engere Auslegung, die nur Urteile im technisch-prozessualen Sinne im Gegensatz zu Beschlüssen und Verfügungen dahin zählt, so außer Aufl. 1 auch Crome § 329 Anm. 28, Hagen bei Gruchot **43** 848, 856, Kipp-Windscheid S. 985, Nöldeke S. 819ff. (aber nur wegen der Entstehungsgeschichte), Planck Nr. 2, Staudinger Nr. 6b, Weyl, Verschuldensbegriffe S. 37 (mit weiteren Angaben); OLG. Cöln Rspr. IV S. 286.

β) Eine weitere Auslegung zieht alle „Entscheidungen über Rechtsfragen" hierhin, ohne Unterschied der prozessualen Entscheidungsform. So Bornhak, Verwaltungsarchiv **8** 9, Delius S. 74ff., Dernburg § 392, III, Goldmann-Lilienthal S. 910, Hachenburg, Vorträge S. 173, Oppenhoff, DJZ **02** 180, besonders aber Schneider S. 253, 257. Ihr trete auch ich jetzt bei. Der gesetzgeberische Leitgedanke spricht, wie auch Nöldeke zugeben muß, für sie; der Unterschied zwischen dem, was das Gesetz Urteil nennt und was nicht, entbehrt jeder Grundsätzlichkeit. Unmöglich kann von der Zufälligkeit der Bezeichnung, dem Buchstaben, die Entscheidung der rein materiellen Haftungsfrage abhängig gemacht werden; man denke besonders an die hybride Form der Zwischenurteile, die sachlich vielfach einem Beschlusse näher stehen als einem Endurteil. Der Grund der Haftungsschranke ist doch offenbar der, daß die frische Farbe der Entschließung dem Richter nicht durch Angst vor etwaiger Haftpflicht genommen werden soll — er greift gleichmäßig bei allen sachlichen Entscheidungen Platz. Anders nur bei bloß technischen, prozeßleitenden Anordnungen, z. B. Terminsfestsetzung, Anordnung von Ladungen. Hier verbleibt es bei der Regel. So auch Schneider S. 251ff. Auch die materiell verwaltende Tätigkeit des Gerichts wird nicht durch Abs. 2 gedeckt, so nicht die Tätigkeit beim Konkurse, der Zuschlag in der Zwangsversteigerung, die Bewilligung des Armenrechts. Zweifelhaft ist der Erlaß bezw. die Aufhebung des Haftbefehls; nach RG. vom 14. VII. 1905, Recht **05** 473, gehört er zu den Urteilen im Sinne des Abs. 2, nach der verfochtenen weiteren Auslegung wohl mit Recht.

Gegenüber dem Gesagten kann die Entstehungsgeschichte nichts entscheidendes bedeuten. Und wenn Abs. 2 auch „Ausnahmesatz" ist, so erscheint er doch zugleich als Ausdruck eines, wennschon beschränkten, sich mit dem allgemeineren kreuzenden Prinzips, ist also einer Anwendung auch für dessen Geltungsbereich fähig.

4. **Konkurrierendes Verschulden des Beschädigten** schließt die Haftung schon nach § 254 aus. Wesentlich eine besondere Anwendung dieses Grundsatzes enthält **Abs. 3**, der aber insofern über § 254 hinausgeht, als er hier schlechthin die Ersatzpflicht beseitigt, auch wenn das Verschulden des Verletzten das des Beamten strenggenommen nicht aufgewogen hat, s. dazu näher Delius S. 46ff.

Daß die Möglichkeit eines Rechtsmittels nicht, wie in der Reichstagskommission beantragt war, aber abgelehnt wurde (Bericht aaO.), den Anspruch ohne weiteres ausschließt, ergibt der Wortlaut; s. auch Prot. S. 662.

Der Begriff des Rechtsmittels (Berufung, Revision, Beschwerde) bedarf keiner Erläuterung; auch die Wiederaufnahme des Verfahrens fällt wohl darunter, Delius S. 50, Nöldeke S. 815, Schneider aaO., (anders meine Aufl. 1 ohne zureichende Gründe), nicht minder der Einspruch, Widerspruch, überhaupt alle Rechtsbehelfe, die im Wege des Instanzenzuges eine Beseitigung der verletzenden Anordnung ermöglichen, Staudinger Nr. 7aβ.

5. **Die Haftung** ist im allgemeinen, anders als bei der alten Syndikatsklage, eine **direkte**; bei bloßer Fahrlässigkeit tritt sie indes nur **subsidiär** ein, „wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag", Abs. 1 Satz 2. Daß diese Voraussetzung erfüllt sei, muß in den entsprechenden Fällen der Kläger beweisen. So auch Delius S. 53, anders Nöldeke S. 813, der von Einrede der Vorausklage spricht, vermittelnd RG. 51 Nr. 45 S. 192, das es, dem Wortlaut zuwider „in der Regel Sache des Beklagten sein läßt", zur Beseitigung der Haftung entsprechende Behauptungen aufzustellen.

6. Mehrere nach § 839 Verantwortliche haften wieder **als Gesamtschuldner**. Daß auf Grund einer unrichtigen Entscheidung die etwaige Haftung notwendig das ganze Kollegium treffe, ist damit natürlich nicht gesagt (s. aber dazu § 830 Abs. 1 S. 2). Natürlich kann nicht jeder Gesamtschuldner sich auf Abs. 1 Satz 2 berufen, um dadurch bloß subsidiäre Inanspruchnahme zu erzielen: die Mithaftung der andern steht nicht vor, sondern neben der seinen.

7. Wieweit **der Staat oder die Gemeinde** neben oder hinter dem pflichtwidrigen Beamten haftet, wird in § 839 nicht bestimmt. Es bleiben vielmehr nach EG. Art. 77 dafür die bisherigen landesgesetzlichen Vorschriften maßgebend. S. wegen der einzelstaatlichen Regelung die Kommentare zu Art. 77 cit. und besonders Gierke (oben Nr. 2c) S. 102ff., 120ff. Wegen Preußens s. das. S. 126—7 (keine einheitliche Regelung!) Bayern hat die Haftung aus § 839 auf den Staat übertragen, vorbehaltlich eines staatlichen Rückgriffs auf den Beamten, s. AG. Art. 60—1, NotG. Art. 126 (Oertmann, Bayr. LandesPrR. S. 256ff.) — Davon abgesehen ist möglicherweise eine Haftung des Staates für die Versehen der Beamten bereits reichsrechtlich begründet: das BGB. enthält Bestimmungen über die Haftung von Vereinen und öffentlichen Körperschaften wegen der Delikte ihrer Angestellten in Ausübung ihrer vermögensrechtlichen Funktionen, §§ 31, 89 Abs. 1 und Bem. dazu. Weiter trifft den Staat eine Haftung nach § 12 GBO. für das Sondergebiet des Grundbuchrechts, dann allgemein gemäß § 278 BGB. für alle Fälle, wo der Staat gegenüber dem Beschädigten in einem Verpflichtungsverhältnis stand und sich des Beamten zur Erfüllung seiner Pflicht bedient hatte. Eine solche Haftung hat z. B. OLG. Rostock bei Seuffert 58 Nr. 30 S. 56 wegen der Lehrer usw. an höheren Schulen, zu deren Besuch kein Zwang besteht, angenommen.

8. Von der Haftung der Beamten gegenüber dem Staat oder dem sonstigen Amtsherrn redet § 839 nicht; sie bestimmt sich zunächst nach den öffentlichen Vorschriften des Beamtenrechts; übrigens, abgesehen von den Regeln der §§ 823ff., vielleicht auch nach denen des Dienstvertrages; mindestens ist eine entsprechende Anwendung der §§ 611ff. auf das öffentliche Dienstverhältnis der Beamten nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Doch bedarf die Frage noch näherer Untersuchung. Für die entsprechende Anwendung RG. 3S. III, 6. XI. 1903, Recht 04 S. 17 Nr. 20, OLG. Köln das. 06 S. 49 Nr. 24.

R § 63 S 436

§ 840.

Sind für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden mehrere nebeneinander verantwortlich, so haften sie, vorbehaltlich der Vorschrift des § 835 Abs. 3, als Gesamtschuldner.

Ist neben demjenigen, welcher nach den §§ 831, 832 zum Ersatze des von einem andern verursachten Schadens verpflichtet ist, auch der andere für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnisse zu einander der andere allein, im Falle des § 829 der Aufsichtspflichtige allein verpflichtet.

Ist neben demjenigen, welcher nach den §§ 833 bis 838 zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, ein dritter für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnisse zu einander der dritte allein verpflichtet.

E. I 713—4, 736*, E. II 764, RV. 825. — Mot. S. 737—8, Prot. II S. 606, 663.

1. **Allgemeines**: Daß mehrere Mittäter nebeneinander auf Schadensersatz haften, ist bereits durch § 830 bestimmt; in genauerer Durchführung und Erweiterung dessen ordnet § 840 ein Gesamtschuldverhältnis bei ihnen an, und zwar auch dann, wenn, von der Mittäterschaft abgesehen, mehrere für den aus einer unerlaubten Handlung im Sinne dieses Titels entstehenden Schaden haften. Das kann der Fall sein:

a) Wenn neben dem eigentlichen Täter der Dienstherr oder Aufsichtspflichtige haftet, §§ 831—2.

b) Bei der Haftung des Tierhalters aus §§ 833 neben dem, der das Tier gehetzt oder freigelassen hat; bei der des Grundbesitzers aus § 836 neben dem Verursacher des Einsturzes; des früheren Besitzers (§ 836 Abs. 2) oder des Unterhaltungspflichtigen (§ 838) neben dem Besitzer.

c) Unter Umständen auch im Fall von § 829; hier wird der Täter zwar nur subsidiär, hinter den etwaigen anderen Pflichtigen, zum Ersatze herangezogen, dies aber auch dann, wenn von ihnen nur faktisch kein Ersatz zu erlangen ist, sie also rechtlich neben dem Täter (Gesamt-) Schuldner sind.

d) Wenn mehrere als Dienstherren, Aufsichtspflichtige, Mithalter des Tieres, Jagdberechtigte (s. aber § 835 Abs. 3), Mitbesitzer des Grundstückes neben einander nach §§ 831 ff. haftbar sind.

2. **Das innere Verhältnis** der Beteiligten würde sich grundsätzlich bestimmen nach § 426 (Haftung im Zweifel zu gleichen Teilen), und dabei behält es auch in den Fällen von § 830 sowie von Nr. 1 d, wo ein äquivalenter Haftungsgrund für alle vorhanden ist, sein Bewenden. Natürlich ist der Haftungsanteil nicht immer absolut gleich, sondern im allgemeinen den Berechtigungsanteilen an dem Tiere, Grundstück usw. entsprechend.

Anders in den Fällen a, b und c; hier gilt nach Abs. 2—3 folgendes:

a) Gehilfen und aufsichtsunterworfene Personen (soweit letztere nicht unter Gruppe c fallen) haften im internen Verhältnis gegenüber den Dienstherren und Aufsichtsführern allein. Haben also diese den Schaden ersetzt, so bekommen sie nach § 426 Ersatzansprüche auf das ganze, während jene durch ihre Leistung keinerlei Ersatzansprüche gewinnen.

b) Bei Tier- und Wildschaden, sowie bei Einsturz von Gebäuden ist im internen Verhältnis der eigentliche Täter, nicht der nur nach den Sonderbestimmungen der §§ 833 ff. Pflichtige, verantwortlich; überhaupt derjenige, der nach den allgemeinen Grundsätzen haftbar wäre. So der neben dem Tierhalter nach dem Haftpflichtgesetz verantwortliche Unternehmer, RG. 53 Nr. 31 S. 114 ff., 58 Nr. 86 S. 335 ff. — ganz sicher ist das freilich nicht, da die Auslegung möglich bleibt, daß Abs. 3 nur an die Haftungsfälle des BGB. denkt, hat aber das meiste für sich.

Der eigentliche Täter haftet nach Abs. 3 intern auf das ganze natürlich auch dann, wenn er zufällig Mithalter des Tieres und daher zugleich nach § 833 verantwortlich ist; die Bedeutung des äquivalenten Haftungsgrundes (oben Nr. 1 d) wird hier wort- und sinngemäß durch den danebenherlaufenden zweiten Haftungsgrund zurückgedrängt. Nur aus diesem ist der Rückgriff gegen ihn auf vollen Ersatz begründet.

Stehen sich der Halter und der Aufseher des Tieres (§§ 833—4), der Besitzer des Gebäudes und der nach § 838 Aufsichtspflichtige gegenüber, so gibt der Wortlaut des Paragraphen über das Haftungsverhältnis keine Auskunft. Auf Grund der Kausalbeziehung zwischen beiden wird hier aber wohl meistens der Aufsichtsübernehmer haften, es sei denn, daß der andere ihm schuldhaft die gefährlichen Eigenschaften des Tieres oder Gebäudes verschwiegen hatte.

c) Gegenüber dem deliktsunfähigen Täter (§ 829) haftet der nach § 832 verantwortliche Aufsichtspflichtige im internen Verhältnis auf das ganze, Abs. 2 a. E. Dies um deswillen, weil der Täter nach § 829 ja nur dann nach außen haften kann, wenn von Aufsichtspflichtigen kein Ersatz zu erlangen ist. Unmöglich darf dies dahin führen, auch von Rechts wegen im Verhältnis der beiden Haftenden unter einander das interne Haftungsverhältnis zu verschieben. Der deliktsunfähige Täter wird vielmehr nur zur Sicherung des Beschädigten, gewissermaßen als gesetzlicher Bürge, behandelt.

§ 841.

Ist ein Beamter, der vermöge seiner Amtspflicht einen anderen zur Geschäftsführung für einen dritten zu bestellen oder eine solche Geschäftsführung zu beaufsichtigen oder durch Genehmigung von Rechtsgeschäften bei ihr mitzuwirken hat, wegen Verletzung dieser Pflichten neben dem anderen für den von diesem verursachten Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnisse zu einander der andere allein verpflichtet.

E. I 763, 764[2], RB. 824—5[3]. — Ber. d. Reichst.-Komm. S. 67.

Diese Bestimmung bezieht sich vor allem auf den Vormundschaftsrichter, der nach §§ 839, 1848 wegen Nachlässigkeit bei Bestellung und Kontrolle möglicherweise neben dem Vormund haftet. In solchem Fall soll in Abweichung vom Prinzip des § 426 für das interne Verhältnis der nachlässige Vormund allein haftbar sein. § 841 ist anwendbar auch für die Fälle des Konkursrichters, Vollstreckungsrichters, wenn sie für die von ihnen ernannten Konkurs- oder Zwangsverwalter einzustehen haben.

Vorbemerkung zu §§ 842—7.

Die §§ 842–7 geben besondere Grundsätze für das Ausmaß des Schadensersatzes bei unerlaubten Handlungen gegen Personen. *Nicht* aber für die *Voraussetzungen* – diese bestimmen sich immer nach §§ 823 ff. Unsere Sondersätze treten nicht an die Stelle der, sondern neben die allgemeinen Grundsätze der §§ 249 ff. („erstreckt sich").

§ 842.

Die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen einer gegen die Person gerichteten unerlaubten Handlung erstreckt sich auf die Nachteile, welche die Handlung für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt.

E. II 765, RB. 826. — Prot. II S. 635—7.

1. Daß die Ersatzhaftung wegen eines gegen die Person gerichteten Deliktes den Täter zur Erstattung der **Kur- und Heilungskosten** (einschl. der dadurch notwendig gewordenen kostspieligeren Ernährungsweise) verpflichtet, ist nach dem Prinzip des § 249 selbstverständlich, s. schon l. 7 D. 9, 3, auch die in Mot. S. 774 herangezogenen zahlreichen Bestimmungen dieser Art in neueren Gesetzen. Stirbt der Verletzte nachher, so gehen die entstandenen Ersatzansprüche auf seine Erben über (so besonders Entw. I § 722), und auch sonst kann der Umstand, daß die Kosten objektiv unnötig oder erfolglos aufgewendet wurden, keinen Unterschied machen. Nur wegen der durch ganz widersinniges Verhalten und grobe ärztliche Kunstfehler entstandenen Mehrkosten gilt unter Umständen ein anderes nach § 254, s. Bem. dazu.

2. Erweiternde Bestimmungen fügt § 842 hinzu. Danach erstreckt sich die Haftung auf die Nachteile, welche die Handlung für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt. Auch dies wesentlich wie im früheren Recht, s. l. 7 cit. Es gehört dahin:

a) Der in der Zeit der Erkrankung und Heilung dem Verletzten entzogene **Erwerb** (Arbeitslohn, Gehalt, auch Verdienstgelegenheit im eigenen Geschäft oder sonstigen Beruf). Stirbt der Verletzte, so geht sein bis dahin erworbener Ersatzanspruch wieder auf seine Erben über.

b) Aber auch die darüber hinaus eintretende andauernde **Aufhebung oder Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit**. Über diesen Fall und die dann zu gewährende Art des Ersatzes s. besonders § 843 und Bem. dazu.

c) Endlich der Ersatz für die dem sonstigen „**Fortkommen**" des Verletzten zugefügten Nachteile. Darunter wird man mit einer für das Gemeine Recht mit gutem

Grunde vielfach (s. Dernburg, Pand. II § 132 Nr. 1, Seuffert 18 Nr. 42 S. 68) vertretenen und in das Landrecht (I, 6, § 123) aufgenommenen Lehre insbesondere die einer Frau entzogene oder verkümmerte Heiratsgelegenheit zu rechnen haben. Denn auch darin liegt eine, unter Umständen sehr bedeutende ökonomische Schädigung; die Versorgungsmöglichkeit der Frau durch Heirat steht nach unseren Verhältnissen und Anschauungen der beruflichen Erwerbsmöglichkeit des Mannes im wesentlichen gleich. Es liegt kein Grund vor, das mit der bisherigen Praxis auf körperliche Verunstaltungen zu beschränken; auch durch die Verletzung herbeigeführte Geistesschwäche, Nervenzerrüttung, Gehörverlust sind vielfach dahin zu zählen.

Das „Fortkommen" des Verletzten wird auch durch eine infolge der Verletzung eintretende Vermehrung seiner Bedürfnisse geschmälert, s. § 843.

3. Immer muß es sich bei den Ansprüchen aus § 842 um **ökonomische Schäden** handeln; wegen anderer kann nur nach § 847 Ersatz gefordert werden.

4. **Der Grad des Verschuldens** beim Verletzten ist auf den Umfang des Anspruches ohne Einfluß; die abweichenden Bestimmungen des Landrechts sind beseitigt.

5. Die Eventualität einer erweiternden Anwendung der §§ 842 ff. auf entsprechend schädigende Vertragsverletzungen bespricht v. Tuhr, DJZ. **01** 426, ohne entschiedene Stellungnahme. Der Wortlaut spricht für die Verneinung; aus der Sonderbestimmung in § 618 Abs. 3, die in einem Fall die entsprechende Anwendung der §§ 842 ff. vorschreibt, läßt sich vielleicht ein argumentum a contrario gewinnen. Endlich kann man die Entstehungsgeschichte (Prot. II S. 636—7) entschieden im gleichen Sinne verwerten.

§ 843.

Wird infolge einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder gemindert oder tritt eine Vermehrung seiner Bedürfnisse ein, so ist dem Verletzen durch Entrichtung einer Geldrente Schadensersatz zu leisten.

Auf die Rente finden die Vorschriften des § 760 Anwendung. Ob, in welcher Art und für welchen Betrag der Ersatzpflichtige Sicherheit zu leisten hat, bestimmt sich nach den Umständen.

Statt der Rente kann der Verletzte eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Der Anspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat.

E. I 724 (teilw.), 726, E. II 766, RB. 827. — Mot. S. 784—91, 792—5, Prot. II S. 627—31.

1. **Allgemeines**: § 843 handelt von der Art des dem Verletzten wegen entzogener oder geminderter Erwerbsfähigkeit zustehenden Anspruches. Während nach dem Gemeinen Recht der Richter je nachdem ihm eine Kapital- oder eine Rentenabfindung zuweisen konnte, haben das Landrecht, Sächs GB. und Reichshaftpflichtgesetz § 7 sich für das Rentensystem entschieden, und dem folgt grundsätzlich das BGB. (s. Mot. 875). Nur subsidiär kommt eine Kapitalabfindung in Betracht.

2. **Voraussetzungen.** Die nach § 843 zu deckenden Nachteile des Verletzten können liegen:

a) **in Verminderung der Einnahmen**: die Erwerbsfähigkeit wird zeitweilig oder dauernd aufgehoben oder gemindert.

b) **in Vermehrung der Ausgaben**: der Verletzte muß kräftiger leben, teurer wohnen, bedarf der Beihilfe von Ärzten, Krankenwärtern, muß Badekuren unternehmen usw.

Daß diese Nachteile sich sofort nach der Verletzung ergeben, ist nicht erfordert, sofern nur Kausalzusammenhang nachweisbar ist. Insbesondere ist unter **„Erwerbsfähigkeit"** nicht nur die aktuelle, sondern auch die potentielle zu begreifen; so kommt bei Verletzung von Kindern die Entziehung der Aussicht in Betracht, daß sie durch „naturgemäße Entwicklung" erwerbsfähig werden, RG. bei Seuffert 39 Nr. 305 S. 416.

3. **Form des Ersatzes:**

a) Er ist zu leisten im allgemeinen in Form einer **Rente,** deren **Höhe** vom Richter unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände — insbesondere auch der voraussichtlichen künftigen Entwicklung der Verhältnisse, RG. JS. VI vom 19. I. 1905 bei Seuffert 60 Nr. 189 S. 356 — nach freiem Ermessen (§ 287 ZPO.) festzusetzen ist. Sie ist nach dem für anwendbar erklärten § 760 vierteljährlich vorauszubezahlen. Eine Sicherheitsleistung ist nicht allgemein vorgeschrieben, kann aber nach den Umständen (z. B. wenn der Pflichtige Ausländer ist, seinen Wohnsitz in ferne Gegenden zu verlegen Anstalten trifft, in seinen Vermögensverhältnissen schwankt) angeordnet werden; alsdann kommen die §§ 232ff zur Anwendung. Wird nicht auf Leistung, sondern nur auf Feststellung der Ersatzpflicht erkannt, so kann überhaupt nicht nach Abs. 2 Satz 2 eine Sicherheit auferlegt werden, da er nur im Sinne einer Ausnahmeregel für die Fälle des Abs. 1 ein Recht auf sie hypothetisch gewährt, nicht auch für andere, RG. 60 Nr. 101 S. 417.

b) Eine Kapitalabfindung tritt statt der Rente nur ein, wenn

α) der Verletzte es verlangt — der Verletzer hat keinen Anspruch darauf.

β) wenn zugleich **ein wichtiger Grund** vorliegt. So etwa bei ökonomischer Bedenklichkeit des Pflichtigen (er ist ein waghalsiger Spekulant, lebt nachweislich über seine Verhältnisse); Nichtstellung der erforderten Sicherheit.

Außerdem natürlich bei Übereinkunft beider Beteiligten.

Auch die Höhe des Kapitalbetrages setzt der Richter nach § 287 ZPO. grundsätzlich frei fest; schwierige, ihm fernliegende mathematische Berechnungen sind dabei weder notwendig noch auch nur angebracht (s. freilich Langheineken, Mathematische Bemerkungen zum BGB. S. 24 ff).

4. **Aenderung der Verhältnisse** (s. v. Weinrich S. 75 ff.) Schon das GemR., ihm folgend das RHPflG. § 7 gewährten einen Anspruch auf Änderung der, selbst durch rechtskräftiges Urteil zugesprochenen, Rente, wenn sich die für ihre Ausmessung maßgebenden Umstände nachher geändert hatten. Dem folgte Entw. I § 724 Abs. 6, Mot. S. 789—90. Der Passus wurde in der zweiten Lesung zwar gestrichen, aber in die ZPO. verwiesen, in deren neuer Fassung sich nunmehr als § 323 eine entsprechende Bestimmung findet. Es ist daher an dieser Stelle auf die Frage nicht weiter einzugehen und nur noch zu bemerken, daß die Änderung nicht nur wegen der Höhe der Leistungen, sondern auch wegen ihrer Dauer in Betracht kommt. Daß an Stelle der anfänglich festgesetzten Rente wegen eines nachträglich eingetretenen wichtigen Grundes eine Kapitalabfindung gefordert werden kann, ist nach § 323 zweifellos, würde aber auch ohnedies anzunehmen sein.

Ebenso kann der Berechtigte nachträglich entgegen dem ursprünglichen Urteil Sicherheitsleistung verlangen, nicht minder eine Erhöhung der anfänglichen Sicherheit, § 324 ZPO.

5. **Zu Absatz 4:** Es war für das bisherige Recht bisweilen behauptet, s. dagegen freilich mit überzeugenden Gründen RG. bei Seuffert 48 Nr. 32 S. 46, daß der Verletzer sich seiner Pflichten zum Unterhalt des Beschädigten durch Berufung auf einen diesem gegenüber dritten zustehenden Alimentationsanspruch befreien könne. Dem tritt Abs. 4 entgegen, indem er eine solche Anrechnung schlechthin ausschließt. Und zwar dies offenbar für alle Schadensersatzansprüche, nicht nur für die besonderen Gerechtsamen aus § 843, so unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte zutreffend Reinhard, Recht 02 584. S. zu Abs. 4 auch Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 107 ff. (dort auch über die von der Praxis angenommene Ausnahme in § 7 HPflG. bei Wiederverheiratung der Witwe).

Keinen Unterschied macht es, ob die Unterhaltspflicht eines dritten durch Gesetz wegen Verwandtschaft, §§ 1601 ff. (s. auch §§ 1708 ff.), Vertrag oder letztwillige Verfügung entstanden ist.

Wie aber, wenn der Verletzte **infolge der Verletzung einen anderen, neuen Vermögensposten** erwarb, der nicht auf Unterhalt als solchen geht, z. B. Ansprüche gegen einen Versicherer? Diese Frage ist durch Abs. 4 nicht entschieden; die Mot. S. 783—4 verweisen auf den allgemeinen Schadensbegriff. Für diesen ist die Beantwortung oben Vorbem. vor § 249 Nr. 5 versucht worden. Unter Anwendung des dort Gesagten muß die Anrechnung dessen, was der Verletzte aus einer freiwillig oder zwangsweise übernommenen Versicherung oder einem sonstigen besonderen Vertragsverhältnisse erhielt, abgelehnt werden, weil der Entstehungsgrund des Vorteils ein anderer war (der Versicherungs- usw. Vertrag) als der schädigende Umstand, diese nur eine zum

Eintritt des Anspruches noch erforderliche Bedingung setzte; ferner der Versicherte zur Erlangung dieses Vorteils in Gestalt der Prämien seinerseits Aufwendungen gemacht hatte. Anders, wenn ein verletzter Beamter oder Angestellter auf Grund seines Anstellungsverhältnisses eine Pension erhält; dann ist sein Schaden nur gleich der Differenz des früheren Einkommens und der Pension, sodaß bei Bemessung der Rente auf diese Rücksicht zu nehmen ist. Besonderes gilt nur nach den Arbeiterversicherungsgesetzen, besonders UVG. § 135 Abs. 2, auch HPflG. § 4. S. näher Oertmann aaO. S. 111ff., 142ff., Seuffert, 43 Nr. 52, 47 Nr. 14, RG. 10 Nr. 13 S. 50, Bd. 15 Nr. 24 S. 114, Bd. 17 Nr. 11 S. 47, und bei Seuffert 55 Nr. 74, OLG. Hamm Rsp. IV S. 56. Ebenso Crome § 338 Anm. 33—4, Laß-Maier S. 88, überhaupt die herrschende Lehre. Anders teilweise v. Weinrich S. 73, der alles auf die Umstände des Einzelfalles abstellt (ebenso auch Planck Nr. 4), weil der Richter in seinem Ermessen frei sei. Aber diese Freiheit bezieht sich doch nur auf die ziffermäßige Abschätzung, nicht auf die rechtlichen Grundlagen der Beurteilung.

6. S. auch ZPO. § 850 Abs. 3—4 wegen der Pfändbarkeit.

§ 844.

Im Falle der Tötung hat der Ersatzpflichtige die Kosten der Beerdigung demjenigen zu ersetzen, welchem die Verpflichtung obliegt, die Kosten zu tragen.

Stand der Getötete zur Zeit der Verletzung zu einem dritten in einem Verhältnisse, vermöge dessen er diesem gegenüber kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder unterhaltspflichtig werden konnte, und ist dem dritten infolge der Tötung das Recht auf den Unterhalt entzogen, so hat der Ersatzpflichtige dem dritten durch Entrichtung einer Geldrente insoweit Schadensersatz zu leisten, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde; die Vorschriften des § 843 Abs. 2 bis 4 finden entsprechende Anwendung. Die Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der dritte zur Zeit der Verletzung erzeugt, aber noch nicht geboren war.

E. I 722—3, E. II 767, RV. 828. — Mot. S. 766—84, Prot. II S. 612—27.

1. **Allgemeines:** Ob und inwieweit bei **Tötungen** die Hinterbliebenen Ersatzansprüche gegen den Täter gewinnen, war im Gemeinen Recht bestritten, s. die Angaben in den Mot. S. 767, Windscheid § 455 Nr. 19, Dernburg, Pand. II § 132; die Praxis gewährte sie in der Regel der Witwe und den Kindern, bisweilen auch andern unterhaltsberechtigten Verwandten des Getöteten, s. RG. 1 Nr. 39 S. 90, Bd. 3 Nr. 86 S. 320, Bd. 7 Nr. 44 S. 139. Ähnlich gab das Landrecht den Personen, die durch die Tötung ihren Ernährer verloren haben, einen Anspruch, s. auch SächsGB. § 1483.

Daß das BGB. dieser modernen Entwicklung folgt, ergibt sich gleich aus der Hervorhebung des „Lebens" im Kreise der nach § 823 Abs. 1 geschützten Rechtsgüter. Denn da der des Lebens beraubte nicht wohl selbst der Träger des Ersatzanspruches sein kann, muß dieser seinen Hinterbliebenen zustehen. Die §§ 844—6 dienen teils zur näheren Bestimmung und Regelung, teils zur Erweiterung dieser Ansprüche, Mot. S. 768, indem nicht nur der Getötete oder seine Erben, sondern auch ohne Rücksicht auf diese Eigenschaft gewisse durch die Tat mittelbar verletzte Personen Schadensersatz verlangen können. Und zwar handelt es sich dabei um wahre Ersatz-, nicht um Unterhaltsansprüche, RG. 55 Nr. 7 S. 30.

2. Obwohl § 844 von der Tötung schlechthin redet, ist doch klar, daß nur **widerrechtliche, schuldhafte Tötung**, die gegen § 823 verstößt, in Betracht kommt, s. Vorbem. vor § 842. Ersatzfrei ist daher die Tötung aus Notwehr, § 227. Wer

freilich die Voraussetzungen der Notwehr nur irrtümlich für gegeben erachtet, oder in Notwehr gegen den einen den andern tötet, kann wegen fahrlässiger Verletzung des Lebens ersatzpflichtig sein. — Die Tötung im **Notstand** wird dagegen nicht durch § 228 ihrer Widerrechtlichkeit entkleidet, da dort nur von Sachbeschädigung die Rede ist, und § 54 StGB., ganz abgesehen davon, daß er nicht alle Fälle des Notstandes deckt, zwar die Strafbarkeit, aber nicht auch zugleich die Widerrechtlichkeit des Tuns wegfallen läßt. Also kann die Haftfreiheit höchstens aus subjektiven Gründen hergeleitet werden. Ist dem aber so, so darf man eine Haftbarkeit schwerlich ablehnen, da nicht zu bestreiten ist, daß der im Notstand Handelnde vorsätzlich — im billigenden Bewußtsein der Kausalität seines Tuns — das fremde Rechtsgut verletzt hat. So auch Titze, die Notstandsrechte im BGB., 1897, S. 109—11. Anders allerdings wohl in den Fällen, wo es an der Kausalität des Tuns fehlt, weil das verletzte Rechtsgut auch ohnedies infolge der bereits vorliegenden Ursache verloren gewesen wäre. So kann unter Umständen der Fall beurteilt werden, wenn ein Bergsteiger in eine Gletscherspalte gefallen ist und sein Genosse das Seil abschneidet, um dem sonst unausbleiblichen Mitgerissenwerden zu entgehen. So auch Kohler, Lehrbuch I 228: man müsse das ganze Notereignis als eine Einheit auffassen und fragen, ob der erwünschte Erfolg dadurch auch ohne die Notstandsverletzung hervorgerufen wäre.

Bei konkurrierendem Verschulden des Beschädigten ist § 846 zu beachten.

3. Erfordert wird eine **Tötung** des Verletzten, d. h. die schuldhafte, widerrechtliche Handlung muß als wirkende Ursache den Tod herbeigeführt haben, s. auch StGB. §§ 211 ff. Ob der Tod die unmittelbare oder mittelbare Folge des Tuns war, ist gleichgültig, nur darf der Kausalzusammenhang nicht unterbrochen sein.

Ob aber auch die strafrechtliche Körperverletzung mit tödlichem Ausgang die Ansprüche des § 844 begründe, ist zweifelhaft, dafür außer Aufl. 1 auch Cosack § 165, I, Endemann § 201 Anm. 10, Planck Nr. 2a, Rümelin, ArchZivPrax. 90 241 ff., Träger, Kausalbegriff S. 199—200, s. auch Prot. S. 615; dagegen v. Liszt S. 29, 79, Kuhlenbeck v. d. Pandekten II S. 308, Staudinger Nr. IV. M. E. ist die Frage zu bejahen. Jene unterscheidet sich von der eigentlichen Tötung nicht im objektiven — adäquate Kausalität wird auch für sie zu erfordern sein — sondern nur im subjektiven Moment: es wird keine Voraussehbarkeit des Erfolges erfordert. Auf eine solche kommt es aber im Sinne des zivilistischen Schadensersatzrechtes viel weniger an, als in dem seiner Aufgabe nach mehr auf das subjektive Moment sehenden Strafrecht, insbesondere nicht nach dem auch hier neben Abs. 1 einschlägigen § 823 Abs. 2. Der Ausdruck Tötung ist doch auch nach dem StGB. kein einheitlicher, technischer Begriff, der für seine Bedeutung im Sinne des § 844 ausschlaggebend sein könnte; nichts steht im Wege, ihn hier allgemeiner zu fassen, alle Tötungsdelikte im Sinne der objektiven Kausalität darunter einzubeziehen. Ferner (so auch Rümelin und Träger): haftet sogar der schuldlose Tierhalter für die durch sein Tier verursachte Tötung, so wäre es mehr als sonderbar, den schuldhaften Verursacher der Körperverletzung bei gleichem Erfolg milder zu behandeln.

4. Die Ansprüche aus § 844 sind **selbständige**, in der Person des mittelbar Verletzten von vornherein entstandene, nicht vom Recht des Verletzten abgeleitete. So auch Mot. S. 773, v. Liszt S. 100, RG. 55 Nr. 7 S. 31, sowie, für das bisherige Haftpflichtrecht, 1 Nr. 25 S. 52. Folglich fallen sie nicht in die Erbmasse des Verletzten und werden durch die von ihm vor seinem Tode etwa abgeschlossenen Verzichte und Vergleiche nicht berührt, anders als die Ansprüche aus § 843. Ebensowenig kann die Verjährung der Ansprüche des unmittelbar Verletzten auf die ihrigen ohne weiteres einwirken.

Andererseits sind es Schadensersatz-, nicht gesetzliche Unterhaltsansprüche, wenn sie auch in Inhalt und Umfang den letzteren gleichartig erscheinen.

5. **Die Ansprüche im einzelnen.** § 844 gewährt sie:

a) **dem Beerdigungspflichtigen** wegen der Kosten der ihm obliegenden Beerdigung. Der Kreis der Pflichtigen bestimmt sich aus §§ 1968, 1580 Abs. 3, 1615 Abs. 2, 1713 Abs. 2. Vornämlich sind es die Erben des Getöteten, insbesondere die Unterhaltspflichtigen einschließlich des unehelichen Erzeugers. Aber auch, wer durch Vertrag dem nachher Getöteten die Übernahme der Beerdigung verspricht, gehört hierher.

Wer freiwillig die Beerdigung übernahm, hat den Anspruch nicht, kann sich indes nach § 679 an die Pflichtigen halten, die dann ihrerseits nach § 844 vom Töter Schadloshaltung erwirken mögen.

b) **den Unterhaltsberechtigten** unter folgenden Maßgaben:

α) Es muß sich handeln um **gesetzliche** Unterhaltspflichten (s. Bem. 4b zu § 519); eine vertragsmäßig oder gar freiwillig übernommene Alimentation genügt nicht. Die Pflicht braucht zu Lebzeiten des Getöteten noch nicht aktuell eingetreten zu sein; es genügt das Vorhandensein **eines Verhältnisses, „vermöge dessen der Getötete dem dritten gegenüber unterhaltspflichtig werden konnte"**. Z. B. der Getötete war ein noch nicht erwerbsfähiger und daher aktuell unterhaltspflichtiger Lehrling, hätte aber vermutlich die Fähigkeit zur Unterhaltsgewährung an seine alten Eltern demnächst erlangt, OLG. für Bayern bei Seuffert 57 Nr. 218 S. 408ff. (Gemeines Recht). Denn der **Grund** der Pflicht ist auch hier schon vorhanden. Das soll nach dem Schlußsatz auch zugunsten des zur Zeit der Verletzung noch nicht geborenen, aber bereits erzeugten Berechtigten gelten — nicht aber auch zugunsten dessen, den der Verletzte vor seinem Tode noch erzeugt. Andererseits ist nicht die Handlung, sondern die dadurch eingetretene Verletzung entscheidend (fehlerhafter Bau!).

β) Dem dritten muß „infolge der Tötung das Recht auf den Unterhalt entzogen sein". Der Wortlaut scheint zweideutig — muß der dritte das Recht nur gegen den Getöteten verloren haben, oder wird erfordert, daß er nunmehr überhaupt keinen Unterhaltungsanspruch mehr besitze? Die erstere Auslegung ist allein richtig; mit dem „Recht" auf den Unterhalt kann nur das im vorhergehenden erwähnte gegen den Getöteten gemeint sein, das folgt auch aus der Verweisung auf § 843 Abs. 4.

Der erwähnte Zusatz schränkt demnach lediglich den Ersatzanspruch ein gegenüber den Fällen, wo und soweit der Unterhaltungsanspruch gegen die Erben des Pflichtigen geht, so nach § 1712 im Prinzip gegen die des unehelichen Erzeugers.

γ) Der Unterhaltungsberechtigte hat Anspruch auf eine Rente, aus wichtigen Gründen statt dessen auf eine Kapitalabfindung nach den Grundsätzen von § 843, s. Bem. 3—5 dazu. — Auch kann trotz rechtskräftiger Festsetzung wegen späterer Änderungen der Verhältnisse nach §§ 323—4 ZPO. eine Abänderung begehrt werden, s. Bem. 4 zu § 843. Die Wiederverheiratung der Witwe ist nicht ohne weiteres als eine solche Änderung der Umstände anzusehen, Seuffert 48 266, Goldmann-Lilienthal S. 922 No. 17, Dernburg § 391, II, 3e, kann aber natürlich diese Bedeutung erlangen, Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 107ff. (mit weiteren Angaben aus Literatur und Rechtsprechung), Fischer-Henle Nr. 11. Daß hier, wie die erstgenannten Autoren annehmen, die Anrechnung wegen des nach Abs. 1 Satz 1 a. E. entsprechend anzuwendenden § 843 Abs. 4 überhaupt ausgeschlossen sei, ist nicht anzunehmen (Oertmann S. 111): nach Abs. 4 steht ein mindestens potentiell schon zur Zeit der Verletzung begründeter Unterhaltsanspruch in Frage, während für die Witwe die Möglichkeit der Wiederverheiratung und damit die Gewinnung eines Anspruches gegen ihren zweiten Ehemann erst gerade durch den verletzenden Umstand (die Tötung) neu geschaffen wird. Darum ist Abs. 4 für diese besondere Frage entsprechender Anwendung nicht fähig, vielmehr greift der Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung (s. Vorbem. 5 vor § 249) durch, und es kommt nur darauf an, ob und inwieweit die Witwe wirklich vom zweiten Gatten unterhalten wird bezw. werden kann. So auch anscheinend RG. bei Seuffert 57 Nr. 217 S. 407 (ZS. 1 vom 12. 11. 1902).

δ) Der Anspruch auf die Rente ist gegeben (s. auch ausführlich Staudinger Nr. 3a) **für die Zeit**, während welcher

αα) der Getötete mutmaßlich gelebt haben würde. Die mutmaßliche Lebensdauer ist, event. unter Verwertung von Mortalitätstabellen, unter Berücksichtigung aller erheblichen Umstände zu veranschlagen. S. aus der bisherigen Praxis RG. 5 Nr. 28 S. 108, 7 Nr. 18 S. 51, 13 Nr. 5 S. 7, 23 Nr. 46 S. 217.

ββ) Der Getötete zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen wäre. Diese Dauer ergibt sich für uneheliche Kinder aus § 1708, für andere Personen ist eine Zeitgrenze nicht gegeben; es sind die allgemeinen Bestimmungen der §§ 1601ff. in Betracht zu ziehen, vorzüglich die §§ 1602, 1603, 1610—1. Etwa sich ergebenden Unbilligkeiten steuert die Möglichkeit späterer anderweiter Festsetzung, s. oben γ.

War der Anspruch zur Zeit der Tötung noch nicht aktuell vorhanden (oben α), so ist die Rente erst von dem späteren Termin oder Ereignis ab festzusetzen.

ε) **die Höhe der Rente** bestimmt sich nach den einschlägigen Sätzen über die Unterhaltspflicht, denn für deren Wegfall sollen die Betreffenden entschädigt werden. S. Mot. S. 783.

6. Die Ansprüche aus § 844 sind nach ZPO. § 850 Nr. 2 **unpfändbar**.

7. S. auch RHPflG. § 3 in der neuen Fassung des EG. Art. 42.

8. Es fragt sich, ob der Grundsatz des § 844 auch auf den umgekehrten Fall anzuwenden ist, wenn durch die Tötung einem Angehörigen zwar nicht das Recht auf den Unterhalt entzogen, aber eine Unterhaltspflicht gegen dritte zur Aktualität gebracht ist (z. B. die Pflicht der Mutter gegenüber ihren Kindern bei Tötung des Vaters). Dafür RG. ZS. I vom 12. II. 1902, Seuffert 57 Nr. 217 S. 406, aber schwerlich mit Recht. War den Kindern der Ernährer entrissen, so haben sie nach dem Text Ersatzansprüche gegen den Täter, ohne daß dagegen die Unterhaltspflicht der Mutter eingewendet werden könnte, § 843 Abs. 4 in Verbindung mit § 844 Abs. 2 Satz 1 a. E. Daraus folgt, daß im Rahmen der dem Töter obliegenden Ersatzpflicht die Mutter überhaupt keinen eigenen Schaden in dem hier fraglichen Sinne erleidet, da ihre Unterhaltspflicht gegenüber ihren Kindern natürlich um den Betrag von deren Ansprüchen gegen den Töter gemindert ist. Es bleibt also insoweit bei einer Haftung des Töters nur den Kindern gegenüber.

§ 845.

Im Falle der Tötung, der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung hat der Ersatzpflichtige, wenn der Verletzte kraft Gesetzes einem dritten zur Leistung von Diensten in dessen Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet war, dem dritten für die entgehenden Dienste durch Entrichtung einer Geldrente Ersatz zu leisten. Die Vorschriften des § 843 Abs. 2 bis 4 finden entsprechende Anwendung.

E. II 768; RB. 829; Prot. II S. 631—2.

1. § 845 gibt weitere Fälle eines Ersatzanspruches des mittelbaren Verletzten. Dabei ist zu denken an die Ehefrau (§ 1356) und die Kinder einschließlich der legitimierten und angenommenen (§§ 1607, 1757). Der Ersatzanspruch steht hier dem Ehemann bezw. den Eltern zu.

Dies aber nicht, wenn nach Lage der Dinge anzunehmen ist, daß sie von ihrem formalen Recht materiell keinen Gebrauch gemacht haben würden, z. B. das verletzte Kind befand sich bereits seit langer, in der vermutlichen Dauer unabsehbarer Zeit bei anderen Verwandten. So mit Recht OLG. Posen Rspr. IX S. 49.

Es handelt sich bei den Delikten, aus denen nach § 845 eine derartige Haftung eintritt, ausschließlich um Verletzung der in § 823 Abs. 1 aufgeführten Lebensgüter, s. Bem. 1, 2 dazu

2. Waren die Dienste im Sinne des § 845 als entgeltliche zu leisten, so ist der nach § 845 zu ersetzende Schaden entsprechend geringer zu berechnen — der Ehemann, Vater entbehrt zwar fortan die Dienste, erspart aber das Entgelt, s. dazu RG. ZS. IV vom 23. III. 1905, JW. 05 341. Es ist das eine Anwendung des Prinzips der Vorteilsausgleichung, s. Vorbem. 5 vor § 249.

3. Natürlich mindert der Anspruch des unmittelbar Verletzten sich in entsprechendem Umfang, als er durch die Verletzung von der ihm bisher im Sinne des § 845 obliegenden Tätigkeitspflicht frei wird. Sein Schaden beziffert sich, wiederum nach dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung (Vorbem. 5 vor § 249), wegen der eintretenden Befreiung davon entsprechend geringer.

§ 846.

Hat in den Fällen der §§ 844, 845 bei der Entstehung des Schadens, den der dritte erleidet, ein Verschulden des Verletzten mitgewirkt, so finden auf den Anspruch des dritten die Vorschriften des § 254 Anwendung.

E. II 769; RB. 830; Prot. II S. 633—5, 639—40.

1. Daß in den Fällen einer Tötung oder Verletzung der anderen in §§ 823, 845 genannten Lebensgüter ein Verschulden des Verletzten mitgewirkt haben kann, ist klar. Zweierlei hat man zu unterscheiden:

a) es wurde dadurch überhaupt die Widerrechtlichkeit des Tuns ausgeschlossen: Notwehr, Einwilligung des Verletzten, soweit sie die Widerrechtlichkeit aufhebt, s. Bem. 7 d zu § 823.

Dann ist von einem Ersatzanspruch von vornherein keine Rede.

b) **die Widerrechtlichkeit bleibt** trotz des Verschuldens des Verletzten **bestehen**. So beim Exzeß in der Notwehr, bei der Tötung oder Verletzung im Duell, im Raufhandel, der Tötung eines Einwilligenden, auch in allen Fällen, wo jemand den Täter durch Worte, Mißhandlungen gereizt, oder durch eigene Unachtsamkeit die Verletzungsmöglichkeit geschaffen hat (z. B. er begibt sich auf Schießplätze, Brandstätten usw.).

Hier ist zu scheiden:

α) Es handelt sich um den Ersatzanspruch des Verletzten selbst. Dann kommt ohne weiteres § 254 zur Anwendung.

β) Es handelt sich um die Ansprüche der mittelbar Verletzten aus §§ 844—5. Dann sollen nach der vorliegenden Bestimmung darauf gleichfalls die Vorschriften des § 254 Anwendung finden, obwohl jene doch kein Vorwurf trifft.

Wohin diese Anwendung führt, bestimmt sich näher nach dem zu § 254 Gesagten, auf das hier zu verweisen ist. Es wird demnach z. B. auch beim Duell auf das überwiegende Verschulden des einen oder anderen Teiles ankommen. Wenn A die Frau des B verführt und diesen dann im Duell erschießt, so wird er dessen Kindern nach § 844 auf Schadenersatz haften, ebenso, wenn er seinen Gegner dabei zum erwerbsunfähigen Krüppel schießt. Anders aber beim umgekehrten Ausgang. Wegen des Duells s. auch v. Weinrich S. 90 (mit gleichem Ergebnis).

Bei der Tötung eines Einwilligenden wird wohl nur selten von einer den Anspruch der Hinterbliebenen aufhebenden vorwiegenden Schuld des Getöteten die Rede sein können; jedoch ist es möglich, wenn z. B. der Tötende bei seinem Handeln nur ein blindes Werkzeug des seine Tötung Erheischenden war, z. B. ein Offizier kommandiert seinen an strikten Gehorsam gewöhnten Burschen, ihn niederzuschießen. A. A. Mot. S. 771. Freilich kann die Einwilligung des Getöteten den Anspruch des dritten nicht direkt ausschließen — denn er hat ja nicht eingewilligt; ihm gegenüber fällt somit die Widerrechtlichkeit nicht weg. Aber wohl kann der Täter sich in derartigen, zugegeben seltenen, Fällen auf § 846 berufen.

Allgemein ist zu beachten, daß die Worte „bei der Entstehung des Schadens" natürlich in liberalem Sinne zu verstehen sind; daß gerade bei der unmittelbar die Verletzung herbeiführenden körperlichen Aktion der Verletzte mitgewirkt habe, ist nicht zu erfordern. Auch wenn er sie seinerseits durch Reizung, Angriff lediglich provoziert, hat er „bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt". Die abweichende Meinung der Mot., S. 772—3, ist gegenüber dem jetzigen Texte keinesfalls haltbar. Sie beruht auf einer verhängnisvollen, den erweislichen Zwecken des Gesetzes nicht Rechnung tragenden Wortauslegung. Verfehlt und unbillig daher auch Erkenntnis des OLG Stuttgart Rspr. II S. 440, das der Witwe eines beim Ehebruch mit einer verheirateten Frau von deren Ehemann ertappten und in der Wut erstochenen Individuums Ersatzansprüche zusprach und die Anwendung des § 846 ablehnte. § 254 stellt doch nicht allein auf die vorwiegende Verursachung, sondern auf das vorwiegende Verschulden ab, und das traf m. E. zweifellos den Ehebrecher, nicht den auf die Verletzung seiner heiligsten Gefühle in einer menschlich durchaus entschuldbaren, wenn auch (leider!) nach dem positiven Recht nicht straffreien Weise reagierenden Täter.

c) § 846 denkt nicht an den möglichen Fall, daß den dritten Beschädigten ein eigenes Verschulden trifft, z. B. die Frau des im Duell Gefallenen hat dessen Gegner verführt; jemand hat einen andern zur Tötung oder doch Verletzung seines Gatten, Vaters angestiftet, er hat die Pflege des verletzten Angehörigen vernachlässigt. S. darüber Cohn bei Gruchot 43 401, dessen Lehre aber nicht befriedigt: wenn auch der dritte dem Beschädigten hafte, könne er keinen Anspruch gegen den Täter erheben, weil dann der Kausalzusammenhang unterbrochen sei. M. E. ist in solchen Fällen § 254 direkt anzuwenden, nicht nur mittels Verweisung aus § 846. Denn es steht ein eigener Anspruch des dritten aus seiner, wennschon mittelbaren, Beschädigung in Frage, und es ist nicht einzusehen, warum allgemein Eigenart und

Beschränkungen der Ersatzansprüche auf diesen Fall unanwendbar sein sollten. So auch RG. ZS. VI vom 18. V. 1903, Bd. 55 Nr. 7 S. 24 ff. im Gegensatz zur Entscheidung des Berufungsgerichts (OLG. Celle); ebenso Cosack § 165 I, 2b, Staudinger, Fischer-Henle Nr. 2.

2. Auch in dem Falle, daß der Beschädigte sich in einem rechtswidrigen Tun (beim Schmuggeln, Wildern, Einsteigen in einen schon in Bewegung befindlichen Zug) befand und dabei von dem zur Verhinderung dieses Tuns Bestellten (Grenzwächter, Förster, Schaffner) verletzt wurde, kommen möglicherweise die Sätze der §§ 254, 846 zur Anwendung. Daß der Ersatzanspruch hier überall ausgeschlossen sei, darf indes nicht behauptet werden und wird auch von der Praxis nicht angenommen, s. RG. bei Seuffert 41 Nr. 89 S. 139 und Nr. 93 S. 146, Bd. 48 Nr. 244 S. 388. Es wäre durchaus sinnwidrig, wenn es einem Beamten gestattet sein sollte, zur Verhütung jeder vielleicht unbedeutenden Gesetz- oder Reglementswidrigkeit das Leben oder die Gesundheit des Verletzenden zu gefährden. Tut er das, so trifft ihn ein Verschulden, und er geht nur dann ersatzfrei aus, wenn dem ein überwiegendes des Verletzten gegenübersteht.

§ 847.

Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen. Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder daß er rechtshängig geworden ist.

Ein gleicher Anspruch steht einer Frauensperson zu, gegen die ein Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit begangen oder die durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt wird.

E. I 728, E. II 770, RB. 831. — Mot. S. 799—803, Prot. II S. 640—1, Ber. d. Reichst.-Komm. S. 67.

Literatur: Seng, ArchBürgR. 5 336 ff.

1. **Allgemeines.** Die Ausdehnung der Ersatzpflicht auf nicht ökonomische Schäden enthält gegenüber den meisten bisherigen Rechten wenigstens im Umfang des § 847 eine Neuerung. Freilich hat die Praxis des Gemeinen Rechts meist einen Anspruch auf Schmerzensgeld zugelassen, der nicht Strafe, sondern Ausgleichung und Ersatz der erlittenen Schmerzen bezweckt (Wächter, Die Buße, 1874, Windscheid § 455 No. 7, Dernburg, Pand. II § 132 No. 5—6, RG. 8 Nr. 29), und das hat das SächsGB. § 1489 sowie unter Beschränkung auf Personen „des Bauern- und gemeinen Bürgerstandes" das Landrecht I, 6, §§ 112—4 übernommen. Darüber hinaus aber gewährt nunmehr § 847 einen allgemeinen Anspruch; das BGB. ist damit teilweise den Spuren des noch weitergehenden französischen Rechts gefolgt, ferner denen des StGB., das in seinen Bestimmungen über die Buße bei Körperverletzungen gleichfalls vom Erfordernisse eines Vermögensschadens absieht, s. RG. Strafs. 15 S. 108.

2. Der Anspruch ist gegeben

a) nach Abs. 1 bei der Verletzung eines der in § 823 angegebenen Lebensgüter, s. wegen des Tatbestandes Bem. 2 zu § 823. Allerdings redet § 823 Abs. 1 von einer Verletzung, § 847 von einer Entziehung der Freiheit; und das macht insoweit einen Unterschied, als bloße Beeinträchtigungen der Freiheit durch Drohungen u. dergl., weil und soweit sie die Freiheit zwar beeinträchtigen, aber nicht geradezu entziehen, nicht unter § 847 fallen, also nur bei ökonomischen Schäden verantwortlich machen. Immerhin ist auch der Begriff „Freiheitsentziehung" mit dem OLG. Hamburg bei Seuffert 57 Nr. 34 S. 65 liberal auszulegen; sie liegt vor,

„wenn die freie Willensbetätigung dergestalt verletzt wird, daß der Betreffende durch widerrechtlichen Zwang genötigt wird, seine Bewegungsfreiheit zeitweilig aufzugeben und Handlungen vorzunehmen, die er ohne die Nötigung nicht vorgenommen hätte", z. B. bei Nötigung eines Schiffsangestellten zu seiner sozialen und beruflichen Stellung ganz unangemessenen Arbeiten.

Daß die Handlung, um die Ausdehnung der Ersatzpflicht nach § 847 zu begründen, gerade unter § 823 Abs. 1 fallen müsse, ist nicht anzunehmen. Das könnte höchstens in den Fällen schuldloser Haftung zweifelhaft sein, insbesondere bei der nach § 833. Doch sehe ich nicht ein, wie man der Anwendung des § 847 auch auf solche Fälle ausweichen könne. So auch RG. 50 Nr. 56 S. 253 und OLG. Kiel Rspr. IX S. 46. Anders freilich Merz, SeuffBl. 67 165 ohne durchschlagende Gründe.

b) nach Abs. 2 zugunsten einer Frauensperson:

α) einmal, wenn gegen sie ein Verbrechen oder Vergehen gegen die Sittlichkeit begangen,

β) zum andern, wenn sie durch die am Schluß des Textes genannten unerlaubten Mittel zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt worden ist.

Auch hier ist nicht ein neuer deliktischer Tatbestand aufgestellt, sondern nur über die Wirkungen einer schon ohnedies unerlaubten Handlung erweiternde Bestimmung getroffen: Die Fälle zu α) stellen als Verstöße gegen Schutzgesetze zugunsten des weiblichen Geschlechts nach § 823 Abs. 2, die zu β) nach dem genau entsprechenden § 825 verantwortlich machende unerlaubte Handlungen dar.

3. Auch der Anspruch aus § 847 setzt immerhin einen **Schaden** voraus, „der nicht Vermögensschaden ist". S. dazu v. Liszt S. 65. Rein moralische Gesichtspunkte, wie seelische Schmerzen, Reue, meinte die Aufl. 1, könnten selbst nach § 847 nicht in Betracht kommen, obwohl die französische Praxis auch ihretwegen vielfach Ersatzansprüche gewährt. Denn man müsse billig bezweifeln, ob auf derartige Momente der Ausdruck „Schaden" überhaupt noch verwendbar sei. Zu denken sei vielmehr an den Ersatz der erlittenen körperlichen Schmerzen, der Verunstaltung, geschmälerten Gesundheit in den Fällen, wo damit eine Schädigung des Erwerbslebens nicht verbunden oder doch nicht nachweisbar ist. Anders aber die meisten, so Fischer, Schaden S. 296—7, Dernburg § 388, II, 3, Cosack § 165, II, 2a, Kipp-Windscheid S. 892, Planck Nr. 2b, Goldmann-Lilienthal S. 925, Staudinger Nr. 2, auch OLG. Hamburg bei Seuffert 59 Nr. 34 cit. Ich muß mich diesem weiteren Standpunkte auch meinerseits anschließen: er rechtfertigt sich einmal historisch, indem § 847 sich aus dem meist auf seelische Schmerzen erstreckten „Schmerzensgelde" entwickelt hat (s. oben Nr. 1), aber daneben aus inneren Gründen: auch die Störungen des bloß seelischen Gleichgewichts sind im moralischen, aber, wegen der damit meist verbundenen Beeinträchtigung der körperlichen Widerstandskraft, auch im physiologischen Sinne „Schäden".

Wohl mit Recht lehrt aber v. Liszt dabei überall eine Beschränkung der Ersatzpflicht auf den Schaden, der gerade in den durch das Delikt verletzten Lebensgütern eingetreten ist. Anders freilich Dernburg § 389, II, 3, Crome § 339 Anm. 52, Staudinger Nr. 2.

4. Der Anspruch geht auf eine **billige Entschädigung in Geld**; ob in Kapital oder Rente, wird der Richter hier, bei dem Fehlen einer positiven Bestimmung, nach seinem Ermessen entscheiden dürfen.

Daneben bleibt der Anspruch auf die Buße. Ist aber im Strafverfahren auf Buße erkannt, so kann der Anspruch aus § 847 nicht mehr geltend gemacht werden, StGB. §§ 188, 231, selbst wenn die Buße den nachweislichen Schadensbetrag nicht voll ausgleicht, und auch gegenüber dritten für den Schaden verantwortlichen Personen (s. die Angaben bei Warneyer zu § 823, VIII, 34)

Anders, wenn zuerst Ersatz begehrt und zugesprochen ist; das schließt die spätere Zuerkennung einer Buße nicht formell und unbedingt aus, v. Liszt S. 67. Doch hat natürlich der Richter bei Ansetzung des Bußbetrages auf den etwa schon anderweit zuerkannten Ersatz sachlich Rücksicht zu nehmen.

5. Der Anspruch hat einen besonderen Charakter:

a) Er ist unübertragbar, was auch seine Pfändbarkeit ausschließt, ZPO. § 851. Ebensowenig kann ein Nießbrauch (§ 1069 Abs. 2) oder Pfandrecht (§ 1274 Abs. 2) daran bestellt werden. Er fällt nicht in die Konkursmasse; es kann dagegen keine Aufrechnung erklärt werden. Anders überall erst nach vollzogener Anerkennung oder Eintritt der Rechtshängigkeit, Abs. 1 Satz 2.

b) Er ist unvererblich nach Maßgabe von Abs. 1 Satz 2.

Das alles entspricht der Zweckbestimmung des Anspruches (s. Mot. S. 862) und dem früheren Recht.

§ 848.

Wer zur Rückgabe einer Sache verpflichtet ist, die er einem anderen durch eine unerlaubte Handlung entzogen hat, ist auch für den zufälligen Untergang, eine aus einem anderen Grunde eintretende zufällige Unmöglichkeit der Herausgabe oder eine zufällige Verschlechterung der Sache verantwortlich, es sei denn, daß der Untergang, die anderweite Unmöglichkeit der Herausgabe oder die Verschlechterung auch ohne die Entziehung eingetreten sein würde.

E. I 716, E. II 771, RV. 832. — Mot. S. 740, Prot. II S. 607.

Die §§ 848—50 enthalten Sonderbestimmungen wegen Beschädigung oder Entziehung einer Sache.

1. Der Satz des § 848 lehnt sich an § 287 an, wonach den säumigen Schuldner eine verschärfte Haftung trifft. Eine solche wird hier dem aus einer unerlaubten Handlung zur Rückgabe einer Sache Verpflichteten ohne Rücksicht auf die sonstigen Voraussetzungen des Verzuges, insbesondere ohne das Erfordernis der Mahnung (OLG. Kiel bei Seuffert 59 Nr. 259 S. 453 = Rspr. IX S. 282) auferlegt; dies in Anlehnung an den römischen Satz, daß „fur semper in mora est".

Nach dem BGB. greift die Verschärfung nicht nur bei einem Diebstahl Platz, sondern in allen Fällen deliktischer Sachentziehung, einerlei, ob es sich um eine fremde oder eigene Sache des Verletzers handelt (z. B. Pfand- und Arrestbruch). Ein strafbares Delikt wird nicht erfordert; auch der Fall des Römischen furtum usus kann darunter fallen, wenn die Erfordernisse der §§ 823 ff. erfüllt sind. Dagegen reicht die bloße Nichterfüllung eines Privatanspruches natürlich nicht zur Anwendbarkeit des Satzes aus.

2. **Wirkung:** § 848 legt dem Pflichtigen die Verantwortlichkeit auf für den Untergang, die Verschlechterung oder „die sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe" — etwa durch Einziehung, Ersitzung seitens eines dritten, Einfügung in eine andere Sache als wesentlicher Bestandteil.

Auf Verschulden ist die Haftung nicht beschränkt, der Pflichtige haftet vielmehr im Sinne des sogen. casus mixtus, wie nach § 287, s. Bem. dazu. Insbesondere ist (anders Entw. I § 616) Identität des schädigenden Zufalls mit dem, der die Sache auch beim Berechtigten getroffen hätte, nicht zu erfordern.

Adäquater Kausalzusammenhang wird hier ausnahmsweise nicht verlangt; es liegt eine verschärfte Haftung im Sinne einer Erweiterung des maßgebenden Verursachungsbegriffs vor, Rümelin ArchZivPrax **90** 274, 287. § 254 kommt aber auch hier zugunsten des Ersatzpflichtigen in Betracht, Cohn bei Gruchot **43** 402.

3. Darauf, daß der Beklagte die Sache gerade dem Kläger gegenüber durch eine rechtswidrige Handlung an sich gebracht hat, ist die Haftung aus § 848 nicht beschränkt; sie ist nach dem Wortlaut und Sinn des Paragraphen sowie der ausdrücklichen Bestimmung des § 992 auch begründet, wenn der Eigentümer auf Grund seines Eigentums gegen denjenigen klagt, der die Sache einem dritten Besitzer entwendet hat.

4. Wegen des Beweises s. Bem. 2 zu § 287, auch Bechh, Beweislast S. 209, Staudinger Nr. 3. Bechh legt mit Recht dem Beklagten den Beweis mangelnder Kausalität auf.

5. Zu weit geht die Behauptung des OLG. Kiel (s. Nr. 1), daß es bei den Ansprüchen im Sinne des § 848 einer Mahnung zum Eintritt des Verzuges überhaupt nicht bedürfe. Das hat im Gesetz keinen Halt. Nur gewisse Verzugswirkungen sollen nach § 848 ohne die Verzugsvoraussetzungen eintreten; für den Eintritt des Verzuges als solchen verbleibt es auch hier bei den allgemeinen Regeln. Wichtig z. B. wegen der Verzugszinsen, der Kostenlast im Prozesse (ZPO. §§ 91, 93).

§ 849.

Ist wegen der Entziehung einer Sache der Wert oder wegen der Beschädigung einer Sache die Wertminderung zu ersetzen, so kann der Verletzte Zinsen des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Wertes zugrunde gelegt wird.

E. I 717, E. II 772, RV. 833. — Mot. S. 740—1, Prot. II S. 607.

§ 849 bestimmt über den Umfang der bei einem Ersatzanspruch aus §§ 823, 848 dem Pflichtigen obliegenden **Verzinsung der Ersatzsumme**. Sie trifft ihn von dem bei der Wertberechnung zugrunde gelegten Zeitpunkt ab. Dies um deswillen, weil der Verletzte sonst keinen vollen Ersatz erlangen würde, da ihm die Nutzung des an Stelle der entzogenen Sache tretenden Surrogats für die Zwischenzeit entginge. Das Prinzip ist also dasselbe wie das bei den entsprechenden §§ 256 und 290 zugrunde gelegte, s. Bem. dazu.

Die Frage nach dem für die Schätzung maßgebenden Zeitpunkt wird durch § 849 nicht beantwortet, s. deswegen Vorbem. 6 vor § 249.

§ 850.

Macht der zur Herausgabe einer entzogenen Sache Verpflichtete Verwendungen auf die Sache, so stehen ihm dem Verletzten gegenüber die Rechte zu, die der Besitzer dem Eigentümer gegenüber wegen Verwendung hat.

E. I 718, E. II 772, RV. 834. — Mot. S. 741, Prot. II S. 107.

Im Gegensatz zum Gemeinen Recht und SächsGB. (§ 1499) entzieht das BGB. dem Entwender einer Sache den Ersatzanspruch wegen Verwendungen darauf nicht schlechthin, sondern verweist auf die Bestimmungen über den Eigentumsanspruch, §§ 994—1003, s. Bem. dazu. Eine Darstellung des Inhalts ist hier unnötig.

Ob die Haftung auf einer **vorsätzlichen oder bloß fahrlässigen** Handlung beruht, macht keinen Unterschied; nur ist ersterenfalls nach §§ 273 Abs. 2, 1000 ein **Zurückbehaltungsrecht** des Pflichtigen an der in Natur herauszugebenden Sache **nicht** begründet. Dagegen die an Stelle der untergegangenen oder verschlechterten Sache zu erstattende Ersatzsumme wird er auch hier zurückbehalten können, da § 273 für diesen Fall keinen Unterschied macht.

§ 851.

Leistet der wegen der Entziehung oder Beschädigung einer beweglichen Sache zum Schadensersatze Verpflichtete den Ersatz an denjenigen, in dessen Besitze sich die Sache zur Zeit der Entziehung oder der Beschädigung befunden hat, so wird er durch die Leistung auch dann befreit, wenn ein dritter Eigentümer der Sache war oder ein sonstiges Recht an der Sache hatte, es sei denn, daß ihm das Recht des dritten bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist.

E. II 774, RV. 835. — Prot. II S. 607—9.

1. Daß die Herausgabe der Sache in der Regel an den, dem sie entzogen wurde, ohne Rücksicht auf sein Eigentumsrecht daran zu geschehen hat, liegt auf der Hand, und zwar umsomehr, da ja der Beschädigte nach dem zu § 823 Nr. 3d Gesagten schon auf Grund seines Besitzes den Ersatzanspruch erheben kann.

Anders müßte es eigentlich mit der an Stelle der entzogenen oder vernichteten Sache tretenden **Ersatzsumme** stehen; da sie dem Beschädigten nur nach Maßgabe

seines Interesses gebührt, stände der Anspruch darauf in vollem Umfang nur dem Eigentümer zu.

Dadurch könnte aber der Ersatzpflichtige zu Schaden kommen, wenn er dem Besitzer der Sache zur Zeit der Entziehung oder Beschädigung im Glauben an dessen Eigentum den Ersatz geleistet hat, und sich nachher ein dritter als Eigentümer ausweist. Dem tritt die Schutzbestimmung des § 851 entgegen. Um eine solche, also ein Sonderrecht zugunsten des guten Glaubens, handelt es sich daher offenbar; sie ist ein Seitenstück zu den Sätzen der §§ 407 und 793, in denen ausnahmsweise einer Zahlung des Schuldners an einen Nichtgläubiger gleichfalls befreiende Wirkung beigelegt wird. Ebenso Planck, s. aber auch Hellwig, Rechtskraft S. 423, der darin den Ausdruck eines Prinzips sieht: der Satz steigere die für den Besitzer gegebene Eigentumsvermutung zur Fiktion im Interesse des Beschädigers oder Entziehers.

§ 851 greift folgerecht nicht Platz, wenn dem Leistenden das Recht des dritten bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit im Sinne von § 276 unbekannt geblieben war. Die Beweislast für diese Ausnahme trifft den Kläger.

2. Ob und inwieweit der dritte gegen den unberechtigten Empfänger Ersatzansprüche hat, bestimmt sich nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung; die Frage ist nach § 816 grundsätzlich zu bejahen.

3. Der Besitzer hat nur die beschränkte, im Text angeordnete „Verfügungsmacht (Hellwig aaO.) über den Anspruch des Berechtigten“: keineswegs kann er darüber auch mit Wirkung ihm gegenüber durch Zession, Verpfändung, Erlaß, Aufrechnung usw. verfügen.

§ 852.

Der Anspruch auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in dreißig Jahren von der Begehung der Handlung an.

Hat der Ersatzpflichtige durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten etwas erlangt, so ist er auch nach der Vollendung der Verjährung zur Herausgabe nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet.

E. I 719—20, E. II 775, RB. 836. — Mot. S. 741—4, Prot. II S. 609—12.

1. **Allgemeines:** Nach dem Römischen Recht verjähren die Deliktsklagen in der gewöhnlichen Zeit, mit Ausnahme der prätorischen Strafklagen. Die modernen Rechte haben meist kürzere, im einzelnen verschieden bemessene Fristen, so das Landrecht I, 6, §§ 54—5 solche von drei Jahren. Ihm folgen die modernen Gesetze zum Schutze des Urheberrechts, nunmehr auch das BGB.

Die Verjährungsfrist beträgt danach:

a) von erlangter Kenntnis des Schadens und seiner Urhebers **drei Jahre;**

b) ohne Rücksicht auf diese Kenntnis **dreißig Jahre.**

Letzteres von der Begehung der Tat, nicht vom Eintritt des Schadens ab gerechnet. Anders bei der Frist zu a: läuft sie erst von der Kenntnis des Schadens ab, so setzt sie seinen Eintritt voraus (verfehlt daher Aufl. 1). Aber immerhin verlangt der Fristbeginn zu a) nur Kenntnis des Schadens überhaupt, nicht auch seiner genauen Höhe.

c) über die **Fristberechnung** und den Lauf der Verjährung gelten im übrigen die gewöhnlichen Sätze, s. §§ 187 ff., 195 ff.; ebenso über deren **Wirkung,** s. §§ 222 ff.

2. Die Verjährung bezieht sich auf **alle Ansprüche aus „unerlaubten Handlungen“** im Sinne dieses Titels, mögen sie ein Verschulden voraussetzen oder nur einen quasideliktischen Charakter haben. Nicht aber auf die Deliktsansprüche aus besonderen Reichs- (z. B. UnlWG) oder in Kraft gebliebenen Landesgesetzen, ebensowenig auf die Ansprüche, die das BGB. wegen sog. culpa in contrahendo und aus ähnlichen Gründen auf das negative Vertrags- oder selbst auf das Erfüllungsinteresse gewährt, s. § 307 und Bem. 8

dazu, ferner §§ 122, 179. Unger (Handeln auf eigene Gefahr S. 149) will zwar auch derartige Ansprüche der kurzen Verjährung unterwerfen, aber schwerlich mit Recht. Nichts spricht dafür, daß das BGB. in derartigen bei Vertragsverhandlungen entstandenen Ansprüchen solche aus unerlaubten Handlungen erblicke oder sie ihnen irgendwie gleichgestellt wissen wolle. So auch (zunächst für Österreichisches Recht) v. Schey, Verjährung der Entschädigungsklagen, Wien 1905.

3. Es kann kommen, daß der Tatbestand der unerlaubten Handlung auch zugleich unter den Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung fällt. Dann soll nach Abs. 2 die Verjährung des einen Anspruches die des zweiten noch nicht zur Folge haben — anders natürlich, wenn auch für diesen die Verjährungsfrist zugleich abgelaufen ist.

§ 853.

Erlangt jemand durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung eine Forderung gegen den Verletzten, so kann der Verletzte die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Aufhebung der Forderung verjährt ist.

E. II 776, RB. 837. — Prot. II S. 612, 715—6.

1. Die Bestimmung entspricht dem Satze des § 821 bei der ungerechtfertigten Bereicherung, s. Bem. dazu. Erfordert werden Ansprüche, die der Täter gerade durch die unerlaubte Handlung gegen den Verletzten erlangt hat; gegen sonstige Ansprüche des Täters steht dem letzteren die Einrede aus § 853 nicht zu. Es gehören hierhin z. B. namentlich die Fälle, wenn jemand einen andern durch Drohung, Erpressung, Betrug oder durch sittenwidrige Handlung im Sinne des § 826 (s. RG. 58 Nr. 90 S. 356, dessen interessanter Versuch, die Einrede aus dem Prinzip der Naturalherstellung, § 249, zu begründen, für die Zeit nach Verjährung des Ersatzanspruches freilich nicht mehr zutrifft) zur Eingehung einer Verbindlichkeit bestimmt hat. Aber auch wohl der Fall, daß bei dem ersatzpflichtig machenden Zusammensturz des Hauses die Trümmer auf das Grundstück und event. in den Besitz des Beschädigten gefallen sind; der Dieb beim Bestohlenen Gegenstände zurückgelassen hat.

Aufl. 1 wollte weitergehen und wegen Gleichheit des Grundes alle Ansprüche dahin rechnen, die dem Verletzer nicht gerade im strengsten Sinne durch, aber gelegentlich der unerlaubten Handlung erwachsen sind, z. B. die Ansprüche auf Herausgabe des Tieres, das einem andern zugelaufen ist und dort Schaden angerichtet hat. Dagegen aber Staudinger Nr. 1 wegen des Wortlautes — angesichts des analoge Anwendung kaum zulassenden Sondercharakters der Vorschrift wohl mit Recht. Ich gebe daher meine frühere Ansicht auf. — Der Anspruch aus § 850 scheidet nach Verjährung des Ersatzanspruchs schon wegen § 1001 aus.

2. Ist § 853 auf den Fall anwendbar, wenn die Anfechtbarkeit des Vertrages wegen Fristablaufs nach § 124 nicht mehr möglich war? RG. 60 Nr. 67 S. 295 läßt es dahingestellt. M. E. steht der Bejahung nichts im Wege; § 853 würde für Fälle, wo der Vertrag und damit die durch Einrede entkräftbare Schuld mittels Anfechtung völlig vernichtet werden können, gar nicht notwendig gewesen sein.

Ergänzungen:

Zu Vorbem. vor § 249 Nr. 4 b γ (S. 25): S. über den Kausalzusammenhang neuestens auch Bierling, Juristische Prinzipienlehre, III, 1905, S. 31 ff. (wesentlich im Sinne des adäquaten Kausalzusammenhanges, und zwar im Sinne der subjektivistischen Kriesschen Ausprägung der Lehre [s. S. 71] und unter Beschränkung der Verursachung auf menschliche Körperbewegungen), sowie Schmoller, ArchZivPrax. 98 1 ff. — dieser gleichfalls für die adäquate Kausalität, aber mit wichtigen Besonderheiten, die eine Verbindung mit der Birkmeyerschen Lehre anbahnen. Er erachtet nicht als kausal alle Mittelglieder, die uns als selbstverständliche Folgen eines vorhergehenden Gliedes in der Kausalreihe erscheinen; sie lassen vielmehr der Kausalität dieses früheren Gliedes Raum (dies besonders bedeutsam bei einem als selbstverständlich vorauszusehenden tierischen Verhalten im Sinne des § 833!). — Ein zum Erfolg adäquater Umstand ferner ist zwar nicht objektiv, wie Birkmeyer will, erscheint aber dem menschlichen Beurteiler subjektiv als die wirksamste Bedingung zum Erfolg.

Übrigens schließt Schmoller sich Rümelins „nachträglicher Prognose" gegen Träger an, S. 46.

Zu § 249 Nr. 2: Bei Beleidigungen soll der Schadensersatz durch Herstellung nach dem OLG. Colmar möglicherweise im Widerruf in einer der Beleidigung entsprechenden Form bestehen. Aber RG. ZS. VI vom 9. I. 1905, Bd. 60 Nr. 4 S. 12, folgert demgegenüber aus der geschichtlichen Entwicklung, besonders dem StGB., daß der Widerruf, weil von der allgemeinen Rechtsanschauung als Demütigung empfunden, einen Strafcharakter aufweise; § 249 dürfe aber nicht als Umweg zur Herbeiführung einer übrigens ausgeschlossenen Strafe verwendet werden. Höchstens könne das Widerrufsbegehren anerkannt werden zur Verhütung weiterer Schädigungen für die Zukunft, um die zu befürchtenden Weiterwirkungen der Beleidigung hintanzuhalten. Dagegen Staudinger zu § 824 Nr. 7 a. S. auch RG. 56 S. 286.

Zu § 249 Nr. 3 a Abs. 2: Wie hier, mit guter Begründung, Siber, KrVJSchr. 05 535 ff.

Zu § 254 Nr. 2 d: Für die Operationspflicht in dem hier verfochtenen Sinne neuestens RG. ZS. VI vom 13. II. 1905, Bd. 60 Nr. 34 S. 149.

Nr. 5 a: Anders (d. h. für die beschränkende Anwendbarkeit des Satzes 2) OLG. Hamburg vom 21. III. 1905, HansGZ. 05 239, Recht 05 645.

Zu Vorbem. vor §§ 262–5, bei Literatur: s. zu Litten jetzt Siber, KrVJSchr. 05 526 ff.

Nr. 2 b β a. A.: Siber hat neuerdings seinen ablehnenden Standpunkt aufgegeben, aaO. S. 550.

Zu § 276 Nr. 1 b, α, αα Abs. 2: Erfordert der Verkehr eine Einsicht des Grundbuchs durch den Zessionar einer hypothekarisch eingetragenen Forderung? Im allgemeinen nicht, doch können die besonderen Umstände es erheischen, z. B. wenn der Schuldner auch anderen Gläubigern gegenüber erweislich im Rückstande war, s. RG. 60 Nr. 8 S. 35.

Zu § 278: Gegen das RG. freilich Bodenheimer, DJZ. 05 1003.

Zu § 283 Nr. 3: Wenn der Gläubiger beweist, daß der Schuldner nicht leisten kann, so braucht er nicht erst eine Frist zu setzen, um den Ersatzanspruch zu gewinnen, bezw. ist an die gesetzte nicht mehr gebunden, OLG. Colmar, 25. X. 1905, Recht 05 645.

Zu § 284 Nr. 3c: s. auch RG. ZS. II, 31. I. 1905, 60 Nr. 18 S. 84 (die Bestimmung, daß die Zahlung am Ende jeder Empfangswoche zu erfolgen habe, ist keine Zeitbestimmung nach dem Kalender im Sinne des § 284).

S. ferner RG. ZS. II, 17. II. 1905, Recht 05 678.

Zu Vorbem. vor § 305 Nr. 1bβ: S. ausführlich über den von ihm als „Grundbegriff" von gleichwertiger Bedeutung neben dem Vertrage entwickelten Begriff der „Selbstbindung" Fr. Behrend, Die Stiftungen S. 329ff., 358.

Zu § 312 Nr. 4: s. dazu OLG. Kiel, 2. XII. 1905, Recht 05 679 (bedenklich!): Der Vertrag, durch den man über den letztwillig zugewendeten Pflichtteil disponiert, fällt nicht unter Abs. 2.

Zu § 313 Nr. 2cγ: Gegen die Unterstellung des Vorkaufsvertrages unter § 313 jetzt sehr entschieden RG. ZS. V vom 4. III. 1905, Bd. 60 Nr. 54 S. 225ff., mit kaum überzeugenden Gründen.

Nr. 7b: Eine bloße falsa demonstratio bei der Auflassung steht ihrer heilenden Kraft nicht im Wege, RG. ZS. V vom 1. IV. 1905, 60 Nr. 79 S. 339.

Zu § 323 Nr. 6b, Z. 3, lies erlangt statt verlangt, Z. 4 lies erst statt oft.

Zu § 325 Nr. 1bα a. E.: Ebenso wiederum RG. ZS. II vom 13. X. 1905, DJZ. 06 81 (ohne Begründung).

Zu § 326 Nr. 4bβ: Daß die Erfüllungsweigerung den Gegner nicht unbedingt von der Fristsetzung entbinde, nimmt RG. ZS. VII, 21. III. 1905, Recht 05 646, an.

Nr. 5: Für die Zulässigkeit der sogen. abstrakten Schadensberechnung Seuffert 61 S. 4 Nr. 3 (RG. ZS. II, 8. IV. 1905).

Zu § 340 Nr. 2 Abs. 1: Ähnlich Siber, KrVJSchr. 05 548.

Zu § 387 Nr. 3: Doch soll die vertragsmäßige Wegbedingung der Aufrechnung nicht wirken gegenüber einem Ersatzanspruch aus Betrug, wegen § 242, RG. ZS. V, 15. III. 1905, 60 Nr. 67 S. 296.

Über stillschweigenden Aufrechnungsverzicht s. OLG. München, 18. III. 1905, Seuffert 61 Nr. 4 S. 5.

Zu § 394 Nr. 4d: Anders als hier mit guten, aber nicht überzeugenden Gründen Sigel, Gewerblicher Arbeitsvertrag S. 138ff.

Das. Abs. 2: s. über Lohneinbehaltung auch Sigel aaO. S. 130ff., 136.

Zu § 399 Nr. 2 Abs. 2: S. über die Abtretbarkeit der Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen auch Ludewig, Dissert. Erlangen 1902.

Zu § 401 Nr. 1 Abs. 3: Ebenso RG. ZS. IV, 13. IV. 1905, Bd. 60 Nr. 89 S. 369ff.

Zu § 415 Nr. 2: S. auch RG. ZS. V, 3. V. 1905, 60 Nr. 100 S. 415.

Zu § 443 Nr. 2 Abs. 2: Ebenso wie Staub: OLG. Hamburg, 17. V. 1905, Seuffert 61 Nr. 5 S. 6.

Vor § 459 Nr. 2d: für die verneinende Ansicht jetzt auch Dernburg, Aufl. 3, § 185, IV, ebenso Lenel, Jherings Jahrb. 44 7. Anders Leonhard, Allg. Teil S. 496.

Zu § 459 Nr. 5b: Zu den physischen Mängeln gehört auch eine polizeiwidrige Bebauungsart, RG. in Zeitschr. f. Rechtspfl. Bayern II S. 42—3.

Zu § 463 Z. 5: S. auch über den Schadensersatz im Sinne des § 463 RG. ZS. V, 7. XII. 1904 (in der Begründung teilweise bedenklich), Seuffert 60 Nr. 232 S. 444.

Zu § 465 Nr. 1c: Dafür auch Herbst, Zeitschr. f. Rechtspfl. Bayern II S. 432.

Zu § 467 Nr. 3: Noch viel weniger kann der Käufer Vergütung für Verwaltung des Kaufgrundstücks fordern, RG. ZS. V, 7. X. 1905, Zeitschr. f. Rechtspfl. Bayern I S. 492.

Zu § 477 Nr. 5b Abs. 2: S. wegen der Garantieübernahme auch OLG. Jena, 7. X. 1905, Recht 05 679.

Zu § 492 Nr. 2b Abs. 4: Ebenso RG. ZS. II vom 7. III. 1905, Bd. 60 Nr. 55 S. 234ff.

Zu § 517 Nr. 3 a. E.: Gegen mich Riezler, ArchBürgR. 27 236, da die Arbeitskraft nicht zum Vermögen gehöre (im Anschluß an Lotmar). Das dürfte in der

Tat grundsätzlich zutreffen, und so erscheint die Richtigkeit meiner Schlußbemerkung problematisch.

Zu § 536 Nr. 1 d: Für die Beleuchtungspflicht des Vermieters auch OLG. Hamburg bei Seuffert 60 Nr. 243 S. 466.

Zu § 544 Nr. 2 a Abs. 2: Ebenso RG. ZS. III, 21. II. 1905, Recht 05 646.

Zu § 559 Nr. 4 b β Abs. 1: S. über das „laufende Mietjahr" auch Aron in Zeitschr. f. Rechtspfl. Bayern II S. 37 ff.

Zu § 640 Nr. 1 a β: Für die „Annahme als Erfüllung" jetzt auch Dernburg, Aufl. 3, § 318 Anm. 6.

Zu § 833 Nr. 2 a Abs. 2: Der Reichstag hat beschlossen, dem Halter eines zu seinem Beruf oder Unterhalt verwendeten Tieres den Entlastungsbeweis, ähnlich wie nach § 831, zu gestatten, und der Bundesrat soll dem zugestimmt haben (Vossische Ztg. 06 Nr. 77).

Alphabetisches Sachregister.

Die Zahlen bedeuten die Seiten.

A.

B.

E.

F.

G.

H.

J.

K.

L.

N.

O.

P.

S.

T.

U.

V.

W.

Z.

Digitized by Google

Digitized by Google

UNIV. OF MICH.
BINDERY
AUG 8 - 1949